# Zeitschrift

für

# deutsches Recht

und

# deutsche Rechtswissenschaft.

---

In Verbindung mit vielen Gelehrten

herausgegeben

von

**Dr. A. L. Reyscher,**
Professor der Rechte in Tübingen,

und

**Dr. W. E. Wilda,**
Professor der Rechte in Halle.

---

**Zweiter Band.**

---

Leipzig, 1839.
Verlag von Otto Wigand.

Digitized by Google

Digitized by Google

# Hannöversche Verfassungsfragen*)

beantwortet

von

Reyscher.

## I. Sind die ständischen Rechte neu oder alt?

### §. 1. Einleitung.

Obige Frage ist in Folge der Vorfälle im Königreiche Hannover wiedergekehrt, wo das Staatsgrundgesetz vom 26. September 1833 der allgemeinen Ständeversammlung gewisse Befugnisse eingeräumt hatte, in deren Ertheilung die königlichen Patente vom 5. Juli und 1. November 1837 eine Verletzung der agnatischen und Regierungsrechte erblickten. Auch sonst ist schon mehrfach die Besorgniß geäußert worden, als ob durch die ständischen Verfassungen, welche seit diesem Jahrhundert in einzelnen deutschen Staaten eingeführt worden, dem Volke ein ungebührlicher, das Ansehen und die Macht der Fürsten lähmender, Einfluß gegeben sei. Unbeschränkt sind die deutschen Regierungen niemals gewesen. Auch in dem Begriffe der Souverainetät, welche sie erlangten, liegt nicht

*) Veranlassung zu diesen Aufsätzen gab ein Gutachten, welches die tübinger Juristen-Facultät auf Ansuchen der Stadt Osnabrück über mehrere Rechtsfragen zu ertheilen hatte. Die juristischen Deductionen, welche das Responsum für den concreten praktischen Zweck enthält, sind hier für das wissenschaftliche Bedürfniß anders geordnet und zum Theil, namentlich mit Rücksicht auf die neuesten Cabinets-Erklärungen, weiter ausgeführt worden.



Digitized by Google

die Idee der Despotie, wie das hannöversche Votum auf dem wiener Congresse vom 21. Oct. 1814[1]) bemerkte. „Der König von Großbritannien (heißt es hier) ist unläugbar ebenso souverain, als jeder andere Fürst in Europa, und die Freiheiten seines Volks befestigen seinen Thron, anstatt ihn zu untergraben."

Zwar fehlte es schon zur Zeit des deutschen Reichs nicht an sogen. „Hofpubliciſten", welche die ständischen Rechte zu verkleinern suchten, und, wie auch jetzt wieder von anonymen Schriftstellern geschieht[2]), behaupteten, daß die Landstände die meisten Befugnisse, welche sie besitzen, den Fürsten entrissen oder doch blos der Gnade derselben zu verdanken haben, und daß daher die Vermuthung wider die ständische Mitwirkung bei Regierungsrechten sei. Schon damals sprachen sich jedoch die angesehensten Rechtslehrer gegen diese Ansicht aus, indem sie zu beweisen suchten, daß die ständischen Rechte nicht neu, sondern alt, und keine besonderen, sondern solche Freiheiten seien, welche der Regel nach überall in Deutschland vorkommen[3]). Diese Ansicht möchte noch jetzt in Ansehung der meisten ständischen Rechte die richtige sein.

### §. 2. Von den ständischen Vereinen überhaupt, insbesondere dem Vertretungsrechte.

Das Eigenthümliche der sogen. landständischen Verfassung liegt nicht in dem Vorhandensein von Ständen (status) — denn diese gab es immerdar und giebt es auch in Willkür-Herrschaften, — noch in dem Vorhandensein von ständischen Rechten — denn die Gemeinschaft gewisser Rechte und Pflichten ist es gerade, was das

---

1) Acten des wiener Congresses von Klüber, Bd. I. S. 67.

2) Bemerkungen über die ältere ständische Verfassung in Hessen. Berlin 1836.

3) De Lynker, Consilia seu Responsa, Vol. I. resp. 55. Nr. 122. 124. — De Ludolf, Symphorema Consultatt. forens., tom. I. symph. 1. cons. 6. p. 156. — De Ludolf, de jure foeminarum illustr. P. I. §. 27. p. 111. Not. f. — J. H. Böhmer, Consultatt. et Decis., Vol. II. cons. 1. Nr. 24. 40. — D. G. Strube, de Statuum prov. origine et praec. juribus, in seinen Obs. Nr. IV. — Pütter, Vom Ursprunge der Landeshoheit und der Landstände, in s. Beitr. zum deutschen Staats- und Fürstenr., Th. I. Nr. VI. — Häberlin, Handb. des deutschen Staatsrechts, Bd. II. S. 29.

Digitized by Google

Merkmal eines Standes ausmacht, und diese Rechte waren um so größer, je weiter wir in der deutschen Geschichte zurückgehen, indem nur ein Theil der alten Volksfreiheit in den späteren Landesvereinen erhalten wurde, — noch endlich in dem Begriffe von Landständen (status s. ordines terrae) d. h. einzelner Personen oder Genossenschaften, welche ein Recht darauf haben, in Landessachen gefragt zu werden, welches Recht sie auch einzeln ausüben konnten, sondern in der Verbindung dieser Stände zu einer landständischen Corporation. Allein auch diese Verbindung, welche übrigens gewisse ständische Rechte bereits voraussetzte, deren Ausübung und Aufrechterhaltung sie zum Zweck hatte, kam fast überall zu Stande, namentlich da, wo die Stände entweder vielfach um ihre Unterstützung angegangen oder in ihren Rechten und Freiheiten bedroht wurden; und nur da, wo keine dieser Anregungen Statt hatte, oder in kurzer Zeit sich öfter wiederholte, blieb die ständische Verfassung unentwickelt, wiewohl die Elemente derselben auch dort vorhanden waren, wie z. B. in Oldenburg [1]).

Die Zusammensetzung dieses landständischen Corpus war nun freilich nicht ganz auf dieselbe Weise beschaffen, wie die der heutigen Ständeversammlungen, noch war der Grundsatz der allgemeinen Landesvertretung schon ursprünglich dabei angenommen. Die Landschaft, welche gewöhnlich mit den Prälaten und der Ritterschaft jenes Corpus bildete, ward in der Regel nur dargestellt durch die Abgeordneten der Städte, weil nur diese die alte Freiheit behauptet hatten; und nur ausnahmsweise nahmen auch die Bauern Theil an der Landstandschaft, z. B. in Ostfriesland. Wiewohl nun die Verordneten der Landschaft nicht als Bevollmächtigte des ganzen Landes, sondern nur der betreffenden Gemeinden erschienen, und daher blos für diese und aus ihrem besonderen Auftrage handeln, nicht aber ihre Bewilligungen auch auf andere freie Landsassen sich erstrecken konnten [2]), so wurde doch, nachdem die Landesgemeinde sich mehr und mehr befestigt hatte, den ständischen Beschlüssen nach erhaltener landesherrlicher Genehmigung eine allgemeine Wirksamkeit gegeben, und so gewöhnte man sich

1) C. L. Runde, Patriotische Phantasieen. Oldenburg 1836. Nr. X.
2) Posse, Ueber das Staatseigenthum und das Staatsrepräsentationsrecht, S. 173 ff. 200 ff.



Digitized by Google

in der Praxis allmälig daran, den vereinigten Landständen einen landesrepräsentativen Charakter beizulegen, dessen Wesen darin bestand, nicht blos für sich und die besonders vertretenen, sondern auch für die nicht erschienenen oder nicht besonders repräsentirten Stände Pflichten zu übernehmen, namentlich Steuern zu bewilligen, unabhängig von einer durch dieselben ertheilten besonderen Vollmacht [1]).

Konnten aber die landständischen Körperschaften für das repräsentirte Land Verbindlichkeiten eingehen, so mußten sie auch Rechte für dasselbe zu erwerben im Stande sein.

Gesetzt nun auch die wichtigsten landständischen Rechte hätten sich nicht aus den alten Rechten der Stände von selbst ergeben, sondern wären erst neu von dem Landesherrn den ständischen Vereinen verliehen worden, so ist dies doch im Zweifel nicht ad bene placitum, sondern unwiderruflich geschehen; denn auch Privilegien, in welcher Form gewöhnlich die alten und neuen Rechte anerkannt wurden, dürfen nicht geradezu zurückgenommen werden, am wenigsten landständische Privilegien, wofür die Reichsgerichte früher Schutz ertheilten, wie noch jetzt die deutsche Bundesversammlung sie zu schützen berufen ist [2]).

In der That wurden diese landständischen Vereine jetzt bei wichtigen Angelegenheiten, welche entweder Herr und Land gemeinschaftlich oder nur einen der beiden Theile angingen, häufig ins Mitthun und Mitleiden gezogen; und nach dem Grundsatze, daß derjenige, *welcher nicht mit zu rathen, auch nicht mit zu thaten hatte*, war jene Concurrenz für den Landesherrn von großer Bedeutung. Insbesondere wurden jene Vereine von ihm benutzt, um eine gemeinschaftliche Uebernahme neuer Hülfen oder

1) Moser, Von der Reichsstände Landen, S. 716. — Jacobi, Auflösung einiger Zweifel über das Alter und das Repräsentationsrecht deutscher Landstände. Hann. 1798. S. 76 f. — Leist, Deutsches Staatsrecht, §. 44. — Eichhorn, Deutsche Staats- u. Rechtsgeschichte. Theil II. §. 425. 547., welcher zwar nicht obigen Begriff der Landesrepräsentation, wohl aber das daraus herzuleitende Recht der Stände geschichtlich annimmt.

2) Eichhorn, Betrachtungen über die Verfassung des deutschen Bundes, S. 69 f.

Digitized by Google

Steuern von ihnen zu erlangen, wegen welcher er sonst jeden einzelnen Stand für sich hätte angehen müssen, da ein freier Landsasse und daher auch eine Corporation von Freien nur freiwillige Abgaben an den Landesherrn zu leisten hatte [1]). Oder es traten die Stände, wozu sie nach dem erst später beschränkten [2]) Associationsrechte aller Freien im Mittelalter allerdings befugt waren, von selbst zusammen, um sich gegenseitig zur Handhabung ihrer Rechte und Freiheiten zu verhelfen und sich derselben namentlich dem Landesherrn gegenüber zu versichern.

### §. 3. Von den hannöverschen Provinzial-Ständen insbesondere.

Alles dieses gilt insbesondere auch von den hannöverschen Provinzen. Die Stände, welche anderwärts vorkamen (Stifter und Klöster, Ritterschaft, Städte), trifft man auch hier, und wenn schon sich nicht mit Selchow (Braunschweigisch-lüneburgisches Privatrecht. S. 157) behaupten läßt, daß es niemals leibeigene Bauern in den braunschweig-lüneburgischen Landen gegeben habe [3]), so war doch außer dem Adel und der Geistlichkeit nicht blos ein sehr geehrter und einflußreicher Stand von Bürgern (burgenses) in den Städten, sondern auch eine Anzahl freier Grundeigenthümer in den Dörfern zu finden, welche so wenig als jene zu gezwungenen Diensten und Abgaben verpflichtet gehalten wurden [4]). Wie wichtig namentlich der Einfluß der Städte in früherer Zeit gewesen, zeigte sich im lüneburgischen Erbschaftskriege, welcher hauptsächlich unter ihrer Mitwirkung geschlichtet wurde. Die wichtigsten Städte des heutigen Hannovers, namentlich: Hannover, Hameln, Göttingen, Kalenberg, Nordheim, Hildesheim, Osnabrück, Goslar, Stade, Münden, Helm-

1) Sächs. Landrecht, Buch III. Art. 91. §. 3.

2) Zickler, Das Associationsrecht der Staatsbürger. Lpz. 1834. S. 87 f.

3) Eichhorn, St.- u. R.-Gesch., §. 448. Note e.

4) Vgl. Uelzner Abschied v. 24. Nov. 1576, bei Jacobi I. S. 285 oben: „ob durch diese, der Geistlichen und Ritterschaft, auch der Freyen, Flecken und Leuthen („die sonsten zu der gemeinen Contribution zu des Landes Nöthen gefreyet sein")" ꝛc. Es sollen auch die Freye Flecken und Leuthe ꝛc.

Digitized by Google

städt, Eimbeck, Burtehude waren zugleich Mitglieder des hanseatischen Bundes [1]). An die Entwickelung der damaligen Verhältnisse, welche der Ausbildung der Landeshoheit, aber auch der Ausbildung der landständischen Verfassung besonders günstig gewesen, knüpfte sich die unter dem Namen Saate oder Satzung bekannte Einigung der braunschweig-lüneburgischen Landstände mit den Herzögen Bernhard und Heinrich vom 21. Sept. 1392 [2]), von welcher Spittler [3]) sagt, daß sie tiefer in's Innere der ganzen Verfassung hineingegangen als die magna Charta der Engländer. Der Form nach war diese Saate nichts Anderes, als ein Vertrag, wie er oft genug zwischen Landesherren und Ständen im Mittelalter geschlossen wurde, ohne daß man darum nöthig hätte, in solchem angeblichen Uebergang der alten Patrimonial- in die neue Rechtsstaats-Verfassung eine neu angehende Epoche der Staatsgeschichte zu erblicken. Aber wichtig ist der Saate-Brief, abgesehen von den in ihm getroffenen, vorübergehenden Einrichtungen [4]), zur Aufrechthaltung des Landfriedens hauptsächlich darum, weil hier die 3 Stände: Papheit (Geistlichkeit), Mannschaft (Ritterschaft) und Städte (Rathleute und Bürger) sich das erste Mal fester verbanden und unter anderen Rechten auch das der freien Einigung von dem Landesherrn anerkennen ließen. Ritterschaft, Rathleute und Bürger sollten nämlich mit ihren Schlössern und Städten zusammenhalten dürfen, wenn der Landesherr dem Vertrage keine Folge leiste, und keinem neuen Landesherrn gehuldigt werden, er habe denn die Saate beschworen. Fast wichtiger noch als die Saate ist ein unter demselben Tage ausgefertigter Freiheitsbrief [5]), worin die Herzöge insbesondere versprachen, weder Bede noch Schatzung auf die Untersassen und deren Güter zu legen, außer auf die eigenen Maier und Leute der Landesherrschaft.

---

1) Spittler, Geschichte Hannovers. Bd. VI. S. 50. — Hüne, Gesch. Hannovers. I. S. 483.

2) Bei Jacobi a. a. O. S. 22 ff.

3) Gesch. Hannovers, Bd. IV. S. 55.

4) Förmlich verzichtet wurde auf die Saate von der gesammten Landschaft i. J. 1519. Schmidt, Cod. dipl. Vorr. S. 87—90.

5) Jacobi a. a. O. I. S. 45.

Digitized by Google

So wie Spittler (a. a. O. S. 51 f.) die Sache darstellt, sollte man meinen, als ob erst in dem Erbschaftskriege (1369—1388) und der unmittelbar darauf gefolgten Handfeste vom 15ten July 1388 [1]) sich die lüneburgischen Stände diese und andere Freiheiten erkämpft hätten; allein die Rechte selbst waren schon vor der Vereinigung meist da; wir wollen nicht bis zum Jahr 1281 zurückgehen, wo Herzog Otto der Strenge im entscheidenden Augenblicke, da er dem Feinde gegenüberstand, sich der Treue der ihm gefolgten Unterfassen wieder dadurch versicherte, daß er ihnen ihre Rechte und Freiheiten zu halten gelobte [2]). Was unmittelbar dem Erbschaftskriege vorherging, beweist, daß nicht blos auf Seite der Ritterschaft, sondern auch auf Seite anderer Stände schon damals Rechte zu sichern waren. Eine Urkunde Herzog Ludwig's v. J. 1355 versichert allen Ständen, namentlich den Prälaten, Freien, Dienstleuten, Rittern und Knechten, Rathmannen, Burgern und Bauern ihre hergebrachten und verbrieften Rechte. Eine Urkunde Herz. Ludwig's v. J. 1356 aber bekennt, daß 13 Räthe aus den verschiedenen Ständen (1 Prälat, 7 Ritter und 5 Rathsleute) von Herzog Wilhelm zu Lüneburg gewählt, nach dessen Tod die lüneburgische Provinz mit ihm regieren sollen. Eine landesherrliche Urkunde v. J. 1367 endlich sagt zu, daß im Falle eintretender Erbfolge die Stände bei ihren Rechten, wie auch die Räthe und Hofbedienten bei ihren Stellen gelassen werden sollen, und daß, im Falle der Erstgeborne sich nicht zum Regenten schicke, die herzoglichen Räthe, und, falls diese nicht einig würden, die Städte Braunschweig, Lüneburg und Hannover aus den rechten Erben

1) Jacobi a. a. O. S. 16 f.

2) Chronicon Luneburgicum, bei Leibnitz, script. rerum Brunsv. T. III. p. 176. Daselbst wird erzählt, daß Herz. Otto u. seine Gemalin Mechtilde, Prinzessin v. Baiern, der Stadt Lüneburg gute Privilegien und Freiheiten gegeben und der Stadt und dem Lande zumal gnädig und günstig gewesen. Ebenso wird schon Otto dem Kinde nachgerühmt, daß er den Bürgern in den Städten und besonders der Stadt Lüneburg Freiheiten, Gerechtigkeiten und Privilegien gegeben, seine Unterfassen friedlich beschirmt, und daß das Land Lüneburg sich damals wohl befunden.

Digitized by Google

einen andern Nachfolger wählen möchten, der zur Herrschaft taugen würde [1]). Daher hat Eichhorn [2]) gewiß Recht, wenn er gegen die Ansicht von K. H. Lang [3]) den Anfang der lüneburgischen Verfassung und das Recht der dortigen Stände, das ganze Land, d. h. die Angehörigen und Hintersassen dieser Stände, zu vertreten, in das 14. Jahrhundert setzt; denn jedenfalls seit der zweiten Hälfte des letzteren waren die Stände in vereinter Thätigkeit, und zwar zum Zwecke der Ausübung und Aufrechthaltung solcher wichtigen Rechte, wie sie den im Grundgesetze constituirten Ständen nicht durchaus zukommen.

Außer den Rechten, welche früher ganz gewöhnlich den ständischen Vereinen zukamen: dem Rechte des Consenses zu Gesetzen, der Steuer-Verwilligung, dem Rechte zu Privat-Comitien [4]), kamen den lüneburgischen Ständen nämlich auch noch zu andere Gerechtsame, von welchen heutzutage nicht mehr die Rede ist, wie namentlich das Recht, unabhängig von landesherrlicher Berufung in öffentliche Thätigkeit zu treten, welches noch in späteren Verschreibungen von 1527 und 1536 anerkannt ist [5]), ferner das Steuer-Erhebungs- und Cassen-Recht, d. h. die Befugniß, die von ihnen bewilligten Hülfen durch die von ihnen angestellten oder präsentirten Schatzbedienten auf das Land umzulegen und einziehen zu lassen [6]), ja sogar das Recht, bei Fragen über Krieg und Frieden mitzureden und landesherrliche Fehden und Bündnisse, sowie die Erbauung neuer Schlösser und Festungen von ihrem Consense abhängig zu machen [7]). Auch in Angelegenheiten der fürst-

---

1) Das. S. 1. 6.

2) St.- u. R.-Gesch., §. 423, Anm. 2, §. 424, Anm. 4. — Derselben Ansicht ist schon Schmidt, Cod. diplomaticus, Vorr. S. 76. Ebenso auch Hüne, Gesch. Hannovers S. 487.

3) Prüfung des vermeintlichen Alters der deutschen Landstände. Göttingen 1796. S. 35 f.

4) Strube, Obs. juris, Nr. IV, §. 5—22. — Pütter, Institutt. juris publ. germ. §. 198. — Eichhorn a. a. O. §. 424—427. 546.

5) Jacobi a. a. O. S. 137. 165.

6) Jacobi a. a. O. S. 197. 257. 338. — v. Bilderbeck, Delin. jurium Statibus Prov. Ducatus Luneb. comp., bei Selchow, Magazin für die deutschen Rechte und Geschichte. Bd. I. S. 264. 265.

7) Verschr. v. 1392, 1518, 1527, bei Jacobi a. a. O. S. 50. 116. 143.

Digitized by Google

lichen Familie dienten die Landstände nicht selten als Vermittler und Schiedsrichter, und im Falle einer Regentschaft führten Einige aus ihrer Mitte die vormundschaftliche Regierung[1]). Endlich hatten die lüneburgischen Stände auch noch das besondere Recht, zu dem Hofgerichte zwei Assessoren und einen Cancellisten zu präsentiren[2]), was für jene Zeit darum nicht auffallen kann, da ja auch das frühere Landgericht von dem Landesherrn, als Landrichter, nur aus der Mitte der freien Stände des Landes besetzt werden konnte, und die Stände zur Unterhaltung des (vormaligen) Hofgerichts zu Celle einen jährlichen Beitrag zu geben hatten, der bis jetzt geblieben ist.

Gleiche oder ähnliche Rechte wie in Lüneburg behaupteten die Stände auch in den anderen braunschweigischen Fürstenthümern, namentlich in Göttingen, wo i. J. 1435 Herzog Otto der Einäugige die ganze Verwaltung des Landes einer von den Ständen bestellten Regentschaft (4 von der Ritterschaft, 5 von den Städten) überließ[3]). Ebenso in den neuen hannöverschen Ländern, namentlich im Fürstenthum Ostfriesland, wovon Strube[4]) sagt:

> In Frisia orientali pleraque imperii jura Ordinibus sunt reservata.

Im Stifte Osnabrück ward zwar erst im 15. Jahrhundert eine Vereinigung der Stände ausgeführt; allein auch diese hatten schon i. J. 1424 von dem Bischofe Johann v. Diepholz vor ihrer Huldigung die Zusicherung erhalten, daß keine Schatzung, Bede oder Dienst solle gefordet werden, außer nach Rath und Willen des Capitels, der Stiftsmannen und der Stadt Osnabrück, welche Zusage in der Mitte des 16. Jahrhunderts dahin erweitert wurde,

---

1) So ernannte im Jahr 1471 Herzog Otto III. von Lüneburg eine aus den drei Ständen (Prälaten, Ritterschaft und Städte) zusammengesetzte Vormundschaft für seinen unmündigen Sohn Heinrich. Jacobi, Lüneburg. Ldt.-Absch. I. S. 76.

2) Bilderbeck a. a. O. S. 246.

3) S. die Urkunde bei Schmidt, Vom deutschen Adel, S. 129. Ueber die Beweggründe sind Spittler a. a. O. Bd. VI. S. 104. Note, und Hüne, Gesch. Hannovers, S. 454, verschiedener Ansicht.

4) De origine Nobilit. Germ. sect. 2. cap. 1. §. 7. p. 79.

Digitized by Google

daß auch die „Vryen, de vp eren Güdern sitten," nicht ohne den Willen jener Stände sollten besteuert werden dürfen, womit also bereits ein Repräsentationsrecht der Stände anerkannt ward [1]).

Seit der Aufnahme des römischen Rechts wurde zwar der Einfluß der Stände auf die Landesregierung überall zu mindern gesucht [2]), da der strenge Beweis, welchen die Reichsgerichte im Falle der Klage verlangten, aus den mehr voraussetzenden als entwickelnden Landschaftsbriefen nicht leicht geführt werden konnte und das ähnliche Verhältniß zwischen Kaiser und Reichsständen, worauf sich Einige beriefen [3]), doch auch nicht mehr war, als eine Analogie. Auch in den braunschweigischen Landen fehlte es nicht an Uebergriffen in die landständischen Befugnisse, wie z. B. zu Ende des 16. Jahrhunderts, wo Kanzler Jagemann unter Berufung auf gemeine geschriebene Rechte, Regalien und fürstliche Obrigkeit behauptete, daß das Land ohne ständische Einwilligung Steuern jeder Art zu bezahlen verbunden sei [4]). Allein dies war nur vorübergehend. Die Stände blieben bei ihrem Rechte, und das allgemeine Urtheil der Schriftsteller des vorigen Jahrhunderts geht dahin, daß dieselben nirgends mehr geachtet waren, als unter dem braunschweigischen Hause [5]).

### §. 4. Sind durch die Ereignisse des 19. Jahrhunderts die ständischen Rechte juristisch vernichtet worden?

Das hereinbrechende 19. Jahrhundert war freilich den ständischen Rechten nicht günstig; doch konnten namentlich die Einwohner

---

1) Möser, Patriot. Phantasien, Bd. IV. S. 206 f.

2) Eichhorn, St.- u. R.-Gesch. §. 546. 547.

3) Lud. Hugo, De statu regionum Germ. p. 173. Mevius, Von wucherl. Contracten I. Cap. 3. §. 4.

4) Spittler a. a. O. Bd. VI. S. 238. Vgl. de Ludolf, Symphor. Consultatt. for. tom I. p. 3. p. 276.

5) Strube, Nebenstunden, Th. V. Vorr. S. 13. — Derf., De nobilitate Germ. sect. 2. cap. 1. §. 7. — Treuer, Anm. über Schrödder's absol. Fürstenrecht S. 94 f. — J. J. Moser, Einl. in das braunschw.-lüneb. Staatsrecht, S. 490. — Derf., Von der Reichsstände Landen, S. 317. — Spittler, Gesch. Kalenbergs in der Sammlg. s. Werke. v. Wächter, Bd. VII. S. 299.

Digitized by Google

der vormaligen Bisthümer Osnabrück und Hildesheim den Art. 60, des Reichsdeputationsschlusses v. J. 1803 für sich anführen, wonach die politische Verfassung der zu säcularisirenden Lande, in so weit solche auf gültigen Verträgen zwischen dem Regenten und dem Lande, auch andern reichsgesetzlichen Normen ruhe, ungestört solle erhalten werden. Ebenso ward den mediatisirten Reichsstädten verheißen (Art. 27), daß sie den privilegirtesten Städten der Stammlande gleichgestellt werden sollen, was für Goslar besonders wichtig war, da Lüneburg in manchen Beziehungen sehr gegenüber von den kleineren Städten begünstigt gewesen.

Daß die Aufhebung der deutschen Reichsverfassung, mit welcher allerdings eine wichtige Stütze für die ständischen Rechte wegfiel, auch die Vernichtung dieser Rechte selbst de jure mit sich geführt habe, ist zwar von einzelnen Schriftstellern der Rheinbundesperiode behauptet worden. Indessen haben nicht nur andere Schriftsteller schon damals den Muth gehabt, das Gegentheil darzuthun [1]), sondern es haben auch Seine königliche Hoheit, der Prinz-Regent von England und Hannover, nachmaliger König Georg IV., in einem Schreiben an sämmtliche Landschaften vom 12. August 1814 [2]) erklärt, wie es niemals die Absicht der königlichen Regierung gewesen, die gewaltsame Umwälzung der deutschen Reichsverfassung zu benutzen, um die Rechte Ihrer Unterthanen zu schmälern. Ebenso haben Höchstdieselben durch Ihre beiden Bevollmächtigten auf dem wiener Congresse am 21. Oct. 1814 Sich bestimmt dahin ausgesprochen, daß weder der Verfall der Reichsverfassung, noch die später zwischen den deutschen Fürsten und Auswärtigen geschlossenen Verträge den Rechten Ihrer Unterthanen de jure etwas haben vergeben oder jenen vorhin nicht legaliter besessene Rechte über letztere haben beilegen können [3]).

Nun sind zwar in Folge des tilsiter Friedens (Art. 19) und späterer Verfügungen des französischen Kaisers die alten hannöverschen Provinzen nebst den meisten Entschädigungsländern, namentlich Hildesheim und Goslar, Osnabrück und Eichsfeld, dem

1) S. die Literatur bei Klüber, Oeff. Recht des deutschen Bundes, §. 49. Note a und b.

2) Rehberg, Zur Geschichte Hannovers, Beil. Nr. 2.

3) Acten des wiener Congr. von Klüber, Heft 1. S. 68.

Digitized by Google

neugebildeten Königreiche Westphalen einverleibt worden, und haben als solche an der von Frankreich vorgeschriebenen Verfassung jenes Königreichs vom 15. Nov. 1807 Theil genommen, welche im Art. 11 die Landstände in den zugehörigen Provinzen und alle bisherigen Privilegien derselben, sowie der übrigen Corporationen aufhob und dagegen (Tit. 7) allgemeine Reichsstände schuf, welche über die vom Staatsrathe verfaßten Gesetzes-Entwürfe, und zwar sowohl über die Auflagen, als über die im Civilgesetzbuche und im Münzsysteme vorzunehmenden Aenderungen berathschlagen sollten [1]). Ferner ward durch ein französisches Organisations-Decret v. 18. Oct. dess. Jahres das zuvor von Preußen an Holland gekommene Fürstenthum Ostfriesland, nebst andern Provinzen, und durch ein Senats-Consult v. 13. Dec. 1810 das Lauenburgische dem Kaiserreiche Frankreich einverleibt. Indessen, hatte man schon zur Zeit der Insurrection v. J. 1813 in den alten Provinzen von selbst wieder auf die alten Formen der Verfassung und Verwaltung zurückgegriffen, so schien auch für die neuen Provinzen der Augenblick gekommen zu sein, wo ihnen die durch das Unrecht der Zeit entzogenen alten Rechte in angemessener Gestalt wiedergegeben werden sollten, zumal da die wiener Congreßacte Art. 27 in Bezug auf Ostfriesland die ausdrückliche Bestimmung getroffen hatte, daß die dortigen Stände ihre Rechte und Privilegien behalten sollten, und da durchaus in dem Königreiche Hannover, namentlich in der transitorischen Verordnung vom 23. Aug. 1814, davon ausgegangen war, daß den fremden, von unrechtmäßiger Herrschaft aufgedrungenen Rechten, selbst rücksichtlich der Vergangenheit, keine wirkende Kraft eingeräumt werden könne, außer soweit die Rückwirkung des wiederhergestellten einheimischen Rechts zum Drucke der Unterthanen gereichen würde [2]).

Zwar nicht aus demselben, doch aus dem bereits oben angeführten Grunde, weil die Rechte der Unterthanen unter der Unbill der äußeren Ereignisse nicht länger leiden sollten, ist denn auch wohl anzunehmen, daß selbst die Handlungen der königlich-

1) Pölitz, Die europ. Verfassungen, 2te Aufl. Bd. I. S. 38.

2) Rehberg a. a. O. S. 52 f. — Grefe, Leitfaden zum Studium des hannöv. Privatrechts, S. 72.

Digitized by Google

preußischen Regierung, welche noch vor Aufhebung des deutschen Reichs i. J. 1802 die Verhältnisse der damals erworbenen und später an Hannover abgetretenen Provinzen ordnete, namentlich die Provinzialstände in Hildesheim aufhob, den früheren Rechten dieser Provinzen keinen längeren Eintrag thun dürften. Auch spricht dafür wieder die wiener Congreßacte (Art. 27), indem sie hinsichtlich des Fürstenthums Hildesheim verordnete, daß solches mit allen denjenigen Rechten und Lasten an Hannover übergehen solle, womit dasselbe früher (1802) an Preußen gekommen. Ebenso die Erklärung der hannöverschen Gesandtschaft am Bundestage aus Veranlassung der Reclamation holsteinischer Prälaten und Ritter wegen ihnen vorenthaltener ständischer Gerechtsame, in der Sitzung v. 10. Juli 1823 (§. 12): daß die Vorgänge von 1802 und 1806 an sich keine rechtliche Wirkung auf Erlöschung verfassungsmäßiger Rechte haben [1]).

Wenn dessen ungeachtet die königliche Regierung Hannovers, nachdem sie, nicht ohne die thätigste Theilnahme ihrer getreuen Unterthanen, wieder in den Besitz der alten und mehrerer neuen Provinzen gekommen war, nicht sogleich die früheren Provinzial-Stände durchaus wiederherstellte, noch im Sinne ihrer zu Wien gegebenen Erklärungen und des Art. 13 der Bundesacte eine allgemeine Stände-Verfassung alsbald darauf gründete, so lag die Ursache dieser Zögerung ohne Zweifel in den eigenthümlichen Hindernissen, welche die Verschiedenheit der älteren Provinzial-Verfassungen und deren für die neuere Zeit mangelhaft gewordenen Einrichtungen ihrem gleich Anfangs ausgesprochenem Wunsche entgegensetzten [2]).

### §. 5. Verhältniß des Patents vom 7. Dec. 1819 zu dem Grundgesetze vom 26. Sept. 1833.

Auch mit dem (blos 8 §§. umfassenden) Patente vom 7. Dec. 1819 wurde die neue Verfassung nicht für abgeschlossen gehalten; denn weder die Rechte der allgemeinen Ständeversammlung, noch die der Provinzial-Landschaften waren darin näher bestimmt; hin-

1) Protok. der Bundesversammlung. Ausg. in 4. Bd. XV. S. 397.
2) Rehberg a. a. O. S. 101 f.

Digitized by Google

sichtlich der Organisation der allgemeinen Ständeversammlung aber wurde im 8. §. ausdrücklich vorbehalten, diejenigen Modificationen künftig eintreten zu lassen, deren Nothwendigkeit sich im Verlaufe der Zeit an den Tag legen möchte. Wie unvollständig diese Organisation derzeit war, geht unter Anderem daraus hervor, daß über die Einrichtung der Wahlen bei dem Stande der freien Grundbesitzer das Patent vom Jahre 1819 lediglich nichts bestimmte, und daß daher zu dem ersten Landtage die Deputirten der freien Grundbesitzer von Kalenberg, Lüneburg und ein Deputirter von Hoya deshalb gar nicht berufen wurden, weil die Verhältnisse der Freien und die Art der Wahlen noch nicht hätten regulirt werden können. Kurz das Patent v. J. 1819, wie es überhaupt nur wenige Wünsche befriedigte, konnte nur der Uebergang sein zu einem neuen, die Verfassung des Königreichs vollendenden, Grundgesetze. Da dasselbe blos die allgemeinsten Umrisse der neuen ständischen Verfassung enthielt, so folgten demselben bald mehrere königliche Verordnungen, worin die wichtigsten Theile der Staatsverwaltung umgestaltet wurden, namentlich das Edict vom 12. Oct. 1822, die Bildung der künftigen Staatsverwaltung betreffend, das Reglement vom 18. April 1823, für die mit dem 15. Mai desselben Jahres in Wirksamkeit getretenen Landdrosteien, das Reglement vom 18. April 1823 über die künftige Verwaltung und Berechnung der Domanial-Einkünfte, das Edict von demselben Tage, die neue Amtsordnung für die sämtlichen Beamten in allen Fächern der Staatsverwaltung betreffend *).

Allein damit war die Unbestimmtheit in der Grundverfassung des Königreichs und die mangelhafte Durchführung der Landes-Repräsentationen nicht gehoben; doch wären wohl diese Lücken zum Nachtheile des Staats noch länger geblieben, hätten nicht die Ereignisse der Jahre 1830 und 1831 die Bedürfnisse und Wünsche der Regierung und der Stände sich näher gebracht und namentlich die Vortheile einer kräftigen und durchgebildeten Staatseinheit deutlicher als jemals empfinden lassen.

---

*) Pölitz, Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789. 2te Ausg. Leipz. 1832. Bd. I. S. 267—316.

Digitized by Google

Den ersten Anstoß gab die königliche Regierung durch die Proclamation vom 4. Febr. 1831, worin dieselbe zum Zweck einer Aenderung der im Patente von 1819 festgesetzten Wahleinrichtung, insbesondere der Regulirung der Vertretung des Bauerstandes, eine allgemeine Ständeversammlung auf den 7. März desselben Jahres nach Hannover einberief. Wie wenig hierbei, gleichwie bei den Aenderungen vom Jahr 1819, an übereilte Maßregeln gedacht wurde, ging aus der Eröffnungsrede Seiner königlichen Hoheit des Herzogs von Cambridge hervor, worin dieser erklärte: das wahrhaft Gute werde nur durch allmälige, mit ruhiger Besonnenheit und Erwägung aller Verhältnisse zu treffende Reformen, durch die Achtung des Rechts der Einzelnen begründet. Indessen glaubten die Stände, daß ein umfassendes Staatsgrundgesetz gegeben werden sollte, worin auch die bezeichneten Punkte bestimmt werden könnten; und in der That waren die Gründe hiefür *) so überwiegend, daß das Ministerium zu Hannover am 16. Juni 1831 den versammelten Ständen die Mittheilung machte: der König finde wegen Ausarbeitung eines neuen Grundgesetzes kein Bedenken und das Ministerium werde Demselben die Grundzüge zur weitern Entschließung darlegen. Nun erfolgte am 24. Juni 1831 die Vertagung der Stände, nachdem die Verbesserung der Wahlreform der Städte unbedingt beschlossen worden, hinsichtlich der Vertretung des Bauerstandes aber die Ansicht der Stände dahin erklärt worden war: daß jedenfalls schon zum nächsten Landtage einige Repräsentanten des bisher nicht vertretenen Bauerstandes eintreten, die näheren Bestimmungen für die Folge aber dem neuen Staatsgrundgesetze vorbehalten bleiben sollten.

Die Regierung erließ hierauf am 2. Febr. 1832 die Verordnung rücksichtlich der Städte-Wahlen, worin letztere definitiv festgesetzt waren, hinsichtlich der Wahlen des Bauerstandes aber die Verordnung vom 22. desselben Monats, wodurch vorläufig und unter Vorbehalt künftiger Berichtigung die Zahl der Deputirten jenes Standes um sechs verstärkt wurde.

Nach diesen Verordnungen, beziehungsweise dem Patente v.

*) Denkschrift S. 51—54.

Digitized by Google

J. 1819, wurde die Versammlung v. J. 1832 zusammengesetzt, welche den von der königlichen Regierung vorgelegten Entwurf eines Grundgesetzes zu berathen hatte, das endlich, nachdem fast in allen Punkten die Anträge der Stände genehmigt worden, am 26. Sept. 1833 von Windsor-Castle aus erlassen wurde.

### §. 6. Entstehung der allgemeinen Stände des Königreichs Hannover.

Provinzialstände, d. h. besondere ständische Körperschaften für einzelne Gebietstheile (Provinzen) kommen theils neben allgemeinen Ständen vor, wie in Baiern (unter dem Namen Landrath), Hannover, theils ohne solche, wie in Oestreich, Preußen. Die äußere Untheilbarkeit, d. h. die Integrität des Territoriums, welche schon zur Zeit des deutschen Reichs theils durch Gesetz (für die Kurlande durch die goldene Bulle), theils durch besondere kaiserliche Privilegien und Lehenbriefe oder durch Hausgesetze festgesetzt war, schloß eine innere Theilung in mehrere Bezirke mit eigener Verwaltung nicht aus, wofern nur das Ganze unter einem Herrn vereinigt blieb. Vielmehr ward bei Erwerbung ganzer Provinzen diesen häufig ihre abgesonderte Vertretung gelassen, während einzelne neu acquirirte Städte oder Aemter geradezu der alten Landschaft einverleibt und nur zur Absendung eines oder mehrerer Deputirten zu derselben ermächtigt wurden. Durch Haus- und Landesverträge ward zwar auch die innere Untheilbarkeit, d. h. die Einheit der Verfassung und Verwaltung zuweilen zum Gesetze gemacht, und namentlich haben neuere Grundgesetze, z. B. das hannöversche (§. 1) gewöhnlich ausgesprochen, daß das ganze Staatsgebiet zu einer und derselben Verfassung verbunden sein solle. Allein dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß nicht neben der allgemeinen Stände-Verfassung noch eine besondere Vertretung in Provinzial- und Communal-Angelegenheiten Statt finde, wie dieß namentlich nach dem hannöverschen Grundgesetze (§. 73 f.) der Fall ist. Auch der Art. 13 der Bundesacte, wonach in allen Bundesstaaten eine landesständische Verfassung sein soll, ist einem Systeme von Provinzialständen nicht entgegen; nur wird man auch vom Standpunkte dieses Artikels aus annehmen müssen, daß kein Theil des Landes ohne ständische Vertretung sein darf, und daß allgemeine Angelegenheiten, wie namentlich allgemeine

Digitized by Google

Gesetze und Steuern, nicht von der ständischen Mitwirkung auszunehmen sind, welche somit freilich ohne allgemeine Reichsstände nicht auszuführen sein dürfte.

Was Hannover insbesondere betrifft, so ist es wahr, daß vor Aufhebung der deutschen Reichsverfassung keine allgemeinen Stände daselbst bestanden, sondern nur Provinzial-Stände. In Folge wiederholter Theilung des Landes in einzelne Fürstenthümer mit eigener Verwaltung, bildete und erhielt sich bei jedem derselben eine eigene Verfassung, und ebenso wurden auch größeren, von Außen her erworbenen, Territorien ihre landschaftlichen Einrichtungen gelassen. Hierbei blieb es auch, ungeachtet seit dem Jahr 1705 bis in dieses Jahrhundert sämtliche älteren hannöverschen Provinzen forthin unter Einem Scepter vereinigt gelassen wurden. Zwar hatte schon i. J. 1542 die Landschaft zu Göttingen durch ihren Anschluß an Kalenberg ein nachahmungswerthes Beispiel gegeben; dennoch erhielten sich besondere ständische Corporationen in Lüneburg, Kalenberg, Grubenhagen, Lauenburg und Hoya. Ebenso behielt das i. J. 1715 erworbene Herzogthum Bremen und Verden seine eigenen Landstände. Selbst das kleine Land Hadeln genoß seine eigene, vom Lauenburgischen unabhängige, Verfassung, unerachtet es gleichzeitig mit diesem an das zellische Haus gekommen war *).

Schon in dem oben angeführten Schreiben des Prinzen-Regenten vom 12. Aug. 1814 ward jedoch zur Vereinfachung der Landesadministration angeordnet:

> daß künftig alle allgemeinen Landesangelegenheiten, sofern sie nach der bisher bestandenen Verfassung einer Berathung mit den Ständen bedurften, einer Versammlung von Landständen aus allen Provinzen vorgelegt und von denselben zum Schluß gebracht werden sollen.

Diesem entsprach die von den allgemeinen Ständen nach dem Eintritte der ostfriesischen Deputirten am 21. Oct. 1816 gegebene Erklärung: daß alle von den versammelten Ständen des Königreichs gefaßten und noch ferner zu fassenden Beschlüsse für das ganze Königreich, mithin auch für die Provinz Ostfriesland, ver-

*) Spittler a. a. O. Bd. VI. S. 2. Note.



Digitized by Google

bindend seien, selbst dann auch, wenn einige oder alle Deputirten dieser Provinz nicht erscheinen sollten *). Ebenso bestimmt das Patent v. 7. Dec. 1819 (§. 6):

> Ueber alle, das ganze Königreich betreffende zur ständischen Berathung verfassungsmäßig gehörende Gegenstände wird nur mit den allgemeinen Ständen des Königreichs communicirt; dagegen alle diejenigen Angelegenheiten, welche nur die eine oder die andere Provinz angehen, und zu einer ständischen Berathung geeignet sind, auch fernerhin an die betreffenden Provinzial-Landschaften werden gebracht werden. Und gleichwie es überhaupt keineswegs Unsere Absicht ist, eine neue, auf Grundsätzen, welche durch die Erfahrung noch nicht bewährt sind, gebaute ständische Verfassung einzuführen, also soll auch die allgemeine Ständeversammlung im Wesentlichen künftig dieselben Rechte ausüben, welche frühern den einzelnen Provinzial-Landschaften, so wie auch der bisherigen provisorischen Ständeversammlung zugestanden haben, namentlich das Recht der Verwilligung der zum Behuf der Bedürfnisse des Staats erforderlichen Steuern und der Mitverwaltung derselben, unter verfassungsmäßiger Concurrenz und Aufsicht der Landesherrschaft, das Recht auf Zurathziehung bei neu zu erlassenden allgemeinen Landesgesetzen, und das Recht über die, zu ihrer Berathung gehörigen, Gegenstände Vorstellungen an Uns zu bringen.

Schon vor dem Grundgesetze (seit 1814) waren also allgemeine Stände in Hannover eingeführt, während die Wiedererweckung und theilweise neue Organisation der Provinzial-Stände, welche in den kriegerischen Zeiten eingeschlummert waren, ausgesetzt blieb, bis die allgemeinen Stände in Wirksamkeit waren. Die Regierung glaubte durch die Berufung einer allgemeinen Ständeversammlung nicht blos ihren Unterthanen eine Wohlthat und einen Beweis von Zutrauen zu erzeigen, sondern sie hielt auch jene Einrichtung zum Zwecke einer verbesserten Landesadministration für nothwendig; und die allgemeinen Stände haben sich von dem

*) Actenstücke des prov. Landtags, I. S. 33.

Digitized by Google

Nutzen und von der Nothwendigkeit derselben nicht minder überzeugt [1]). Durch Rescripte vom 19. Octbr. 1818 wurden nun zwar die Provinzial-Stände in so weit wiederhergestellt,

> als die Verhältnisse derselben zu der Versammlung von Deputirten aller Stände des Königreichs verstatten, welche letzte das ganze Land zu vertreten und über dasselbe Beschlüsse zu fassen und zu höchster Prüfung und Entschließung vorzulegen habe [2]).

Allein noch zur Zeit des Staatsgrundgesetzes waren die provinziallandschaftlichen Einrichtungen nicht überall vollendet, und es sollten deshalb sowohl, als auch wegen angemessener Verbindung bisher getrennter Landschaften unter Mitwirkung von Abgeordneten der betreffenden Landestheile Einleitungen getroffen werden (G.-G. §. 74). Ebenso schrieb das Grundgesetz vor (§. 77), daß die fernere innere Organisation der Provinzial-Landschaften und insbesondere der bei denselben einzuführenden Curien binnen 3 Jahren auf verfassungsmäßigem Wege näher festgestellt und zu dem Ende zwischen der Regierung und den einzelnen Landschaften weitere Verhandlung gepflogen werden solle. Uebrigens wurden in dem Staatsgrundgesetze den Provinzial-Landschaften vorbehalten diejenigen ständischen Rechte, welche nicht auf die allgemeine Ständeversammlung übergegangen sind, insbesondere die Zustimmung zu allen provinziellen Abgaben und Leistungen und zu dem wesentlichen Inhalte aller lediglich die speciellen Verhältnisse der Provinz betreffenden Gesetze, in so weit solche nicht blos vorübergehende Verfügungen betreffen oder in Anordnungen der Sicherheits- oder Gesundheits-Polizei bestehen (G.-G. §. 78 u. 79).

Jetzt die alten Provinzialstände mit allen ihren alten Rechten und verschiedenen Organisationen wieder herzustellen nachdem die alten und neuen Provinzen lange Zeit die Vortheile eines größeren Gemeinwesens kennen gelernt und vereint so manche Lasten in schlimmeren Zeiten, als die gegenwärtigen, getragen haben, ist eine politische Unmöglichkeit. Auch würden die besonderen Freiheiten, welche mehrere Landschaften, z. B. die ostfriesischen, voraus haben, die

1) Rehberg, a. a. O. S. 140—142.

2) Gedr. Eingabe des Magistrats zu Osnabrück an die Bundesversammlung. S. 41.



Digitized by Google

Exemtionen einzelner Stände, z. B. der Ritterschaft, der großen Städte, die mangelhafte Vertretung des Bauerstandes in mehreren Provinzen, die Eifersucht der andern Provinzen und Stände beständig nähren und zumeist der Regierung selbst lästig sein, welche mit den nützlichsten Gesetzes-Vorschlägen, die sie an die verschiedenen Landschaften zu bringen hätte, zuversichtlich bald da bald dort Anstoß erregen würde, ohne das Gewicht ihrer hohen Stellung und den Grundsatz des Repräsentativ-Systems, nur das Wohl und die Rechte des Ganzen im Auge zu haben, gegen den Particularismus der zerstreuten Stände in die Waagschale legen zu können. Kurz das große Werk der Vereinigung, woran schon frühere Fürsten, namentlich der erste Kurfürst Ernst August, vergebens gearbeitet, würde wieder zertrümmert werden, und zwischen Provinzen, welche längst bestimmt waren, eine Einheit zu bilden, und an diese Einheit sich allbereits gewöhnt haben, wieder eine kleinliche Spaltung erzogen werden, welche in der Absicht der gegenwärtigen Regierung Hannovers unmöglich liegen kann.

Wodurch unterscheidet sich nun aber die von der neuen Regierung beabsichtigte Einrichtung hinsichtlich der Provinzialstände von der grundgesetzlichen? Nicht darin, daß Provinzialstände neben allgemeinen Ständen bestehen, denn auch das Grundgesetz erkennt jene an, oder daß die Rechte der ersteren geregelt werden, denn der neue Entwurf einer Verfassungsurkunde für das Königreich Hannover bestimmt über die Rechte der Provinzial-Landschaften nichts, sondern wiederholt nur, daß die Organisation derselben und die ihnen zustehenden Rechte auf verfassungsmäßigem Wege festgestellt werden sollen, ohne aber zu sagen, welcher Weg der verfassungsmäßige sei, oder welche Befugnisse bei dieser Feststellung schon den Provinzial-Landschaften zukommen, ob solche namentlich dabei eine berathende, oder auch eine entscheidende Stimme haben (§. 59 — 61). Die Bestimmungen des Grundgesetzes über die künftige Einrichtung der Landschaften, welche auch in dieser Hinsicht als maßgebend betrachtet wurden (G.-G. §. 75 — 77), sind weggelassen.

Aber auch der Wirkungskreis der allgemeinen Stände ist in dem neuen Entwurfe einer Verfassungsurkunde nicht mit Sicherheit ausgeschieden. Es werden nämlich dahin nur diejenigen Gesetze

Digitized by Google

gerechnet, welche die Steuern des Königreichs und solche Gegenstände betreffen, die, in Gemäßheit der Entscheidung des Königs, allgemeiner gesetzlicher Bestimmung bedürfen und daher der Gesetzgebung der einzelnen Provinzial-Landschaften nicht können überlassen werden. Indessen scheint eben diese Unbestimmtheit von der königlichen Regierung beabsichtigt zu sein, welche schon in dem Patente vom 1. November 1837 als ein Haupt-Desiderium des Königs bezeichnete, daß den Provinzialständen nach jedesmaliger hoher Bestimmung, die geeigneten Gegenstände in größerer Masse, als dieses bisher der Fall war, vorgelegt werden sollen. Nur Gesetze über Steuern und Abgaben sollten hiernach den allgemeinen Ständen definitiv zur Berathung überwiesen werden (Recrutirungsgesetze?), im Uebrigen aber das Ermessen des Königs über die Competenz derselben zu entscheiden haben. Dagegen soll jener Wirkungskreis, was das Patent vom 1. November 1837 noch nicht angekündigt hatte, nunmehr nach dem Entwurfe der Regierung gegenüber wesentlich beschränkt werden. Mit Ausnahme derjenigen Gesetze, welche die Steuern des Königreichs betreffen, sollen nämlich die Stände nur ein Recht auf Zuratheziehung haben, und auch in diesem auf folgende Weise eingeengt sein: a) Dasselbe soll sich nur auf den wesentlichen Inhalt der den Ständen mitgetheilten Gesetzes-Entwürfe beziehen. b) Solche Gesetze, welche ohne Beirath der allgemeinen Stände erlassen worden sind, also wohl die meisten bisherigen Gesetze, soll der König allein aufheben oder interpretiren dürfen. c) Gesetzes-Entwürfe können nicht, wie nach dem Grundgesetze, auch von den Ständen an den König gebracht werden, sondern nur diesem steht die Initiative zu (Verf.-Entw. §. 91—94).

Außerdem enthält der Verfassungs-Entwurf, wie schon das Patent vom 1. November 1837 hatte erwarten lassen, die Neuerung, daß die allgemeinen Stände nicht jedes Jahr, wie nach dem Grundgesetze, sondern nur alle 3 Jahre einberufen werden sollen*).

*) Die Prüfung dieser Desiderien s. unten S. 105 f.

Digitized by Google

**§. 7. Ständische Theilnahme an der Gesetzgebung. (Recht der Zustimmung oder Recht des Beiraths?)**

Zu den uralten Rechten der Stände gehört namentlich die Theilnahme an der Gesetzgebung, d. h. die Befugniß zu allgemeinen Landesgesetzen, insbesondere Landrechten, Landesordnungen, die Zustimmung zu geben. Zwar giebt es immer noch Schriftsteller, welche anführen, daß den Ständen überall ursprünglich nur eine Befugniß des Rathertheilens, welche von selbst wieder durch das Rathsuchen von Seite des Landesherrn bedingt wäre, zugekommen sei [1]). Diese Behauptung ist jedoch alles historischen Grundes entblößt, mag man nun zu den alten Volksrechten zurückkehren, wo die Volksversammlung, gebildet durch die freien Stände (nobiles et ingenui), den Mittelpunkt aller öffentlichen Geschäfte bildete, und wo es Grundsatz war: lex consensu populi fit et constitutione regis [2]), oder mag man den Zustand nach Entstehung der Landeshoheit ins Auge fassen, welche keineswegs ursprünglich eine gesetzgebende Gewalt in sich schloß, sondern solche nur von der Autonomie der Volksgemeinden entlehnen konnte, aus deren Zerfall sie hervorgegangen war. Auch jetzt noch waren einzelne Ueberreste der alten Volksrechte übrig geblieben, und hierunter namentlich das Recht der Mitwirkung der freien Landsassen an allgemeinen Landesangelegenheiten auf den sogen. Landtagen (placita terrae). Hierauf bezieht sich die Verordnung Kaiser Heinrich's VII. v. 1. Mai 1231, worin mit Einwilligung der Fürsten festgesetzt ist:

> ut neque principes neque alii quilibet constitutiones vel nova iura facere possint, nisi meliorum et maiorum terre consensus primitus habeatur [3]).

Es ist zwar häufig auch bloß von einem Rathe in Urkunden

---

1) Bemerkungen über die ältere ständische Verfassung in Hessen, S. 48 f. — Maurenbrecher, Deutsches Staatsrecht, §. 155.

2) Caroli II. Edictum Pistense de anno 864. cap. 6, bei Pertz, Monum. Germ. Legum, tom. I. p. 490. Vergl. Lex Alamannorum, tit. 41: „Sic convenit duci et omni populo."

3) Pertz, l. c. tom. II. p. 283. Vergl. Eichhorn, Deutsche Staats- u. Rechtsgeschichte, Th. II. §. 264.

Digitized by Google

die Rede, wie z. B. in dem Landfrieden Kaiser Rudolph's v. 24. März 1287:

> Swaz auch die furste oder die lantherren in irem Lande mit der herren rate sezzent und machent disem lantfriden zu bezzerunge vnd zu vesterunge, daz mugen si wol tun, und damitte brechen sie des lantfridis nicht ꝛc. [1]).

Allein „ob der Landesherr bei gewissen Angelegenheiten diesen Rath zu hören, ob er ihn zu befolgen verbunden war, darf man nicht erst fragen; denn es verstand sich von selbst, daß, um mit Sicherheit auf die Mitwirkung seiner Vasallen (und übrigen Stände) rechnen zu können, er sie zuvor für seine Absichten gewonnen haben mußte [2])."

Allerdings waren es vorzugsweise die Lehens- und Dienstmannen, welche mit dem Landesherrn in unmittelbare Verbindung traten und deshalb bei allgemeinen Angelegenheiten mitwirkten [3]). Allein wenn auch die landsassigen Städte, Stifter und Klöster sich nicht sogleich als Theile eines großen Ganzen, der Landesgemeinde, fühlten, weil jede dieser Körperschaften wieder in einem eigenthümlichen Verhältnisse zu dem Landesherrn stand, so waren sie doch sowohl nach Außen als nach Innen, theils durch schriftliche Privilegien theils durch das Herkommen ziemlich gesichert, und namentlich im Besitze einer sehr ausgedehnten Autonomie, gegen welche die heutige Theilnahme an der allgemeinen Gesetzgebung kaum in Betracht kommen möchte.

Durch das aufgenommene römische Recht ward zwar jenes Autonomierecht, wovon auch die hannöverschen Landstände vielfach Gebrauch gemacht haben, mehr und mehr verdunkelt und in den Hintergrund gestellt. Dagegen haben nunmehr die repräsentirten Stände

---

1) Pertz, l. c. p. 452.

2) Eichhorn, a. a. O. §. 309 a. E. Vergl. Posse, Ueber das Staatseigenthum u. das Staatsrepräsentationsrecht. Rostock u. Leipzig 1794. S. 179. — Fürth, Die Ministerialen. Cöln 1836. §. 106—112.

3) Mit Rath und Einwilligung der Ministerialen und Vassallen (consilio et consensu fidelium) handelten die Landesherren schon im 13. u. 14. Jahrh. Schmidt, Vom hohen und niederen Adel. S. 116 — 122.

Digitized by Google

durch ihr Votum bei provinziellen Landeseinrichtungen und Landesordnungen mitgewirkt, und diese provinziellen Quellen wurden bis daher mit so vieler Schonung behandelt, daß sie noch jetzt vor dem Landesrecht und dem Gemeinen Rechte zur Anwendung kommen [1]).

Uebrigens ist nicht zu läugnen, daß manches uralte Recht der Stände, insbesondere das der Zustimmung zu neuen Gesetzen, seit dem 17. Jahrhundert da und dort in Abnahme gerathen oder wegen mangelnder Entwicklung der sogen. landständischen Verfassung niemals in den Formen der letzteren zur Ausübung gekommen ist. Doch wurde auch von denjenigen, welche als Regel nur ein sogen. Recht des Beiraths anerkennen wollten, stets zugegeben, daß nach den Grundgesetzen mehrerer monarchischen Staaten Deutschlands die Landstände als Theilnehmer an der gesetzgebenden Gewalt betrachtet werden müssen, und daß, wenn Streitigkeiten zwischen Landesherrn und Landständen über die Concurrenz zur Gesetzgebung entstehen, solche von den Reichsgerichten zu entscheiden seien [2]).

Was insbesondere die Landstände in den hannöverschen Provinzen betrifft, so fand bei denselben wenigstens theilweise eine ausgesprochene Mitwirkung zur Gesetzgebung statt, und zwar nicht etwa blos in Folge einer jedesmaligen freiwilligen Zurathziehung von Seite der Regierung, welche diese eben so gut hätte unterlassen können, sondern in Gemäßheit einer ausdrücklichen Anerkenntniß derselben, welche jedoch weniger eine besondere Concession zu sein schien, als vielmehr bereits Bestehendes voraussetzte; wie es sich denn in der That von selbst ergeben mochte, daß diejenigen Stände, welche sich sonst selbst Gesetze gegeben hatten, nunmehr auch ein Wort mitzusprechen haben, wenn es sich von allgemein, auch für sie verbindlichen Satzungen handele, und daß auf dieselbe Weise, wie die Reichsgesetze der Einwilligung der Reichsstände, so die Landesgesetze des Consenses der Landstände bedürfen. Nicht nur entspricht daher auch die Form der alten Landtagsabschiede ganz der der Reichstagsabschiede, sondern es ward auch den lüneburgischen Ständen von Herzog Ernst im Jahr 1592 ausdrücklich zugesagt, ohne derselben

1) Grefe, Leifaden zum Studium des hannöverschen Privatrechts, Thl. I. S. 21 ff.

2) Leist, Deutsches Staatsrecht, §. 93.

Digitized by Google

(Räthe und Landschaft) „Wissen und Vollworth" sonsten keine neue Constitution oder Ordnung machen oder publiciren zu lassen [1]). Und dies ist bis spähin als Regel beibehalten worden [2]). Eine gleiche, wiewohl minder bestimmt ausgedrückte, Mitwirkung fand im Kalenbergischen Statt, nach dem Zeugnisse der Landtagsabschiede von den Jahren 1628 u. 1639 [3]). Auch in der neuen hannöverschen Provinz Ostfriesland, wo die auf Volksgemeinden gebaute alte Verfassung am längsten sich erhielt, und namentlich durch das Recht der freien Satzung oder Willkür auf den allgemeinen Landtagen zu Upstalsboom bei Aurich bis spähin sich geltend machte, war es, nachdem die Landeshoheit auch dort sich festgesetzt hatte, immer noch Grundsatz, daß neue Verordnungen nur mit Consens und Vollwort der Prälaten, guten Männer und Häuptlinge zu Stande kommen konnten [4]). Bei Besitznahme Ostfrieslands von Seite Preußens im Jahr 1744 wurde sogar den Landständen das für diese Zeit außerordentliche Zugeständniß gemacht, daß Alles, was auf dem Landtage in allgemeinen Landessachen nach Landtagsrecht per majora abgehandelt und beschlossen sei, zur Execution gebracht und Seine Majestät solches ohne die geringste Aenderung confirmiren wollen [5]).

Wenn wir nun freilich das hannöversche Patent von 1819 für sich betrachten, so scheint es, daß die allgemeinen Stände das Recht der Einwilligung zu neuen Gesetzen nicht haben sollten, sondern blos ein Recht auf Zurathziehung; und obschon Mauernbrecher (Deutsches Staatsrecht, §. 155, No. 3) behauptet, daß unter dem Rechte des Beiraths verstanden sei: das Recht „alle Gesetze über Privat- und Criminalrecht zu begutachten, also auch (?) solche zu verwerfen," so können wir doch dieser Schlußfolgerung nicht beitreten, da unter dem Rechte der Stände, zu Rathe gezogen zu werden, wörtlich blos verstanden ist: die Befugniß, landesherrliche Gesetzesvorschläge, welche ihnen jedenfalls vorgelegt werden mußten, für

1) Jacobi, Sammlung lüneburgischer Landtagsabschiede, Th. I. S. 341.
2) Bilderbeck, a. a. O. S. 244.
3) Pfeffinger, Historie des braunschweig-lüneburgischen Hauses, Th. III. S. 292 u. 293. 330 u. 332.
4) Ostfriesisches Landrecht, Cap. 46. Vorbericht dazu von Wicht, §. 52.
5) Friese, Ostfries- und Harlingerland, I. S. 83.

Digitized by Google

gut, also auch für übel zu achten, nicht aber sie mit Erfolg zu verwerfen. Gleichwohl haben wir mehrere Gründe, welche uns an der Richtigkeit dieser Auslegung zweifeln lassen, und wir können nicht umhin, auch hierauf aufmerksam zu machen:

1) Erweislich haben, wie wir oben gesehen, einzelne, wenn auch nicht alle, Provinzialstände in den nunmehr vereinigten hannöverschen Provinzen das Recht der Zustimmung wirklich gehabt und ausgeübt. Da es nun nicht die Absicht der königlichen Regierung war, die politischen Ereignisse seit dem Jahr 1802 zu benutzen, und die Rechte ihrer Unterthanen zu schmälern, da vielmehr erklärtermaßen die frühere ständische Verfassung beibehalten werden sollte, so muß allerdings folgerecht angenommen werden, daß mit den übrigen ständischen Rechten auch das der Einwilligung zu neuen Gesetzen, wenigstens den früher diesfalls berechtigten Ständen habe vorbehalten werden wollen.

2) Aber auch dafür, daß jenes Recht auf die allgemeine Ständeversammlung übertragen worden, spricht Einiges, namentlich die wiederholt, auch in dem Patente vom 7. Dec. 1819 (§. 6) gegebene Erklärung, daß die allgemeine Ständeversammlung „im Wesentlichen künftig dieselben Rechte ausüben solle, welche früherhin den einzelnen Provinzial-Landschaften zugestanden haben." Zu den wesentlichen Rechten einzelner früherer Provinzial-Landschaften gehörte auch das der Theilnahme an der Gesetzgebung, und wollte der allgemeinen Ständeversammlung dieses Recht nicht mehr gestattet werden, so würden in der That jene Stände hinsichtlich allgemeiner Gesetze dasselbe verlieren.

3) Zwar ist unmittelbar in Verbindung mit dem eben Angeführten in dem Patente erwähnt das Recht auf Zurathziehung; allein wenn dieser Ausdruck historisch auch die Erklärung zuläßt, daß dabei ein wahres Einwilligungsrecht zu denken ist, so spricht hiefür noch insbesondere, daß die hannöverschen Bevollmächtigten auf dem wiener Congresse ein „Stimmrecht bei neu zu verfassenden Gesetzen" für die deutschen Ständeversammlungen in Anspruch nahmen, und die Erklärung des Prinzen-Regenten in dem Schreiben vom 5. Jan. 1819, die Einrichtung der künftigen allgemeinen Ständeversammlung betreffend *), daß es nicht in dem Plane liege,

*) Pölitz a. a. S. 262.

Digitized by Google

Hauptveränderungen in der Constitution eintreten zu lassen, nach welcher den Ständen das Recht der Steuerbewilligung und der Theilnahme an der Gesetzgebung zustehe. Kann nun freilich auch ein Stimmrecht sowohl auf ein consultatives als auf ein decisives Votum bezogen und ebenso die Theilnahme an der Gesetzgebung als eine mehr oder minder entfernte gedacht werden, so ist doch gewiß, daß nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche die eben gedachten Ausdrücke mehr besagen, als ein bloßes Recht der Consultation oder Berathung, welches dem Landesherrn auch gestattete, ganz abweichende Gesetze zu machen und in Ausführung zu bringen.

4) Was endlich den Gebrauch von 1819 bis 1832 betrifft, so scheint dieser allerdings dem ständischen Rechte der Zustimmung nicht günstig gewesen zu sein, indem die Regierung sowohl in allgemeinen als Provinzial-Angelegenheiten einzelne gesetzliche Verfügungen ohne jene Zustimmung erließ. Allein abgesehen davon, daß selbst dann, wenn ein ständisches Zuwilligungsrecht bei allen und jeden Gesetzen angenommen wird, immer noch darüber, was materiell in das Gebiet der Gesetzgebung gehört, verschiedene Ansichten möglich sind, so kann aus der einseitigen Handlungsweise der Regierung oder auch aus dem mehrmaligen Nichtgebrauch eines Rechts der Stände nicht schon die Nichteristenz dieses Rechts selbst gefolgert werden. Uebrigens ward von der ersten Kammer im Jahr 1821 die Zustimmung zu allen Gesetzen in Anspruch genommen, und wenn gleich dieselbe nachher mit der zweiten Kammer sich zu dem Beschlusse vereinigte, daß nach der im Patente vom 7. Dec. 1819 enthaltenen, auf die frühere Verfassung sich gründenden, königlichen Erklärung ihre ausdrückliche Zustimmung und Billigung ohne Zweifel bei einem Landesgesetze erforderlich sei, durch welches, wie durch das Militärgesetz vom 14. Juli 1820, den Unterthanen eine Last auferlegt werde *): so kann doch auch hieraus (nach dem Grundsatze: unius positio non est alterius exclusio) nicht gefolgert werden, daß die Stände auf das Recht, zu anderen Gesetzen ihre Einwilligung zu geben, verzichtet, sondern nur daß sie das Zustimmungsrecht in obigem Falle für unzweifelhaft gehalten haben.

*) Gedruckte Eingabe an die B.-V., S. 45.

Digitized by Google

5) War aber das ständische Zustimmungsrecht vor dem Grundgesetze v. J. 1833 auch nur ein zweifelhaftes oder bestrittenes, so kann man nicht sagen, daß dasselbe durch dieses Grundgesetz überall erst in Hannover eingeführt, sondern nur, daß eine zuvor schon mögliche Interpretation des Patents v. J. 1819, welche auch durch die Analogie auswärtiger Verfassungsgesetze jener Zeit unterstützt wird, die den Ständen ein wirkliches Zustimmungsrecht eingeräumt haben (z. B. Baiern, Baden, Württemberg), zur grundgesetzlichen oder authentischen gemacht worden sei.

Am allerwenigsten aber darf man annehmen, daß die königliche Regierung Aenderungen an Verfassungsgesetzen, wie namentlich eine Abänderung an dem in dem Grundgesetze von 1833 den Ständen nunmehr definitiv übertragenen Einwilligungsrechte, von ihrer Willkür habe abhängig machen wollen; denn noch bevor das Grundgesetz auch hierüber dauernde Normen gegeben hatte, war in der auf höchsten Befehl erlassenen Proclamation v. 4. Febr. 1831 erklärt worden:

> daß Se. Majestät am allerwenigsten gestatten können, daß Veränderungen in der bestehenden Landesverfassung auf tumultuarische Weise begehrt werden, da Allerhöchst Ihren Unterthanen nicht unbekannt sein könne, wie es zu ihrer eigenen Sicherheit gereiche, daß in den Staaten des deutschen Bundes Veränderungen in den bestehenden Landesverfassungen nur auf verfassungsmäßigem Wege, d. h. nach gehöriger Berathung und mit Einverständniß der Landstände, verfügt werden können [1]).

## §. 8. Recht der Steuerverwilligung (Subsidiar-Princip?).

Das Steuerrecht war ursprünglich so wenig in der Landeshoheit begriffen, als das Recht der Satzung oder Gesetzgebung; denn wenn schon die Landesherren seit dem 14. Jahrhundert sich häufig auf die Landeshoheit als Quelle desselben beriefen [2]), und

1) Hannöv. Gesetzsamml., Nr. 4. S. 12.

2) Z. B. in einer holsteinischen Urkunde v. 1349 (Westphalen, Monum.): Exactiones et petitiones et servitia in Villis et terminis, quibus communis terra Terrae Domino obligatur. Ebenso Herzog Albrecht IV. von Baiern i. J. 1488 (bei Krämer, Bair. Landtagsverhandlungen).

Digitized by Google

selbst in einer Kaiser-Urkunde vom Jahr 1375 anerkannt ward, daß das Recht zu Auflagen von der weltlichen Gerichtsbarkeit und Oberherrlichkeit abhänge [1]), so ergiebt sich nichts desto weniger aus der Geschichte, daß die Landesherren von Unterthanen, die nicht zugleich ihre Gutshintersassen waren, ursprünglich nur bittweise einen Beitrag (Bede) zu den Landeslasten fordern konnten, der jedoch häufig durch förmlichen Vertrag zu einer ständigen Abgabe wurde, so daß nur noch in außerordentlichen Fällen eine Verwilligung nöthig war [2]). Auch ein Regal im alten Sinne, d. h. eine von der königlichen Gewalt abgeleitete Befugniß, war die Steuer nicht (mit Ausnahme des Zolls und des Judenschutzgeldes, welche jedoch früher nicht Steuern hießen); denn wenn schon einzelne Reichsstände sich zu Erhebung von Steuern kaiserliche Indulte geben ließen, weil sie die Steuer als ein Regal betrachteten [3]), und auch manche Juristen dieser Meinung beipflichteten [4]), so ist doch bekannt, daß der Kaiser keine Steuer für sich ausschreiben [5]), also auch das Recht hiezu nicht auf Andere übertragen konnte. Selbst Reichssteuern, welche übrigens mit den Abgaben, welche der Kaiser auf den unmittelbaren Reichsgütern erhob, nicht zu verwechseln sind [6]), konnte der Landesherr nicht geradezu auf das Land repartiren, sondern er hatte sie ursprünglich aus dem Kammergute zu leisten, und, wenn er je von den Unterthanen einen Beitrag wollte, sie darum zu „ersuchen" [7]).

Wie die Reichsstände auf Verlangen des Kaisers zuweilen zu einer Reichssteuer sich entschlossen, so die Landstände auf Verlangen

---

1) Declaration der erzbischöflichen Rechte gegenüber von der Stadt Köln v. J. 1375; bei Lünig, Spirit. Eccl., I. Thl. Fortf. p. 508.
2) Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, §. 306.
3) K. H. Lang, Hist. Entwicklung der deutschen Steuerverfassung, S. 109.
4) Wehner, Observ. pract., V. Schatzung. — Rudinger, Observ. juris com., cent. 4. obs. 29.
5) Westph. Frieden, Art. 8. §. 2. — Conring, De praecip. negotiis in convent. imp. ordinum, §. 89.
6) Eichhorn, a. a. O. §. 297.
7) Reichsabschied von 1530, §. 118. Anders nach dem R.-A. von 1543, §. 24 u. 25, von 1555, §. 82, und späteren Abschieden, wo den Unterthanen Beiträge zu den Reichs- und Kreissteuern zur Pflicht gemacht wurden.

Digitized by Google

des Landesherrn zu einer Landsteuer. Der Grund hievon war aber nicht sowohl ein landesherrliches jus collectandi, als vielmehr die Selbstbesteuerung der Stände, analog ihrer Selbstgesetzgebung (Autonomie). Daher auch nicht bloß das Erkenntniß über die Nothwendigkeit und die Art der Steuer, sondern auch das Recht der Umlage und des Einzugs häufig entweder ganz oder unter Concurrenz des Landesherrn den Landständen zukam. Dieß fand namentlich seit dem 16. Jahrhundert, ungeachtet jetzt erst *) mit der ausgebildeten Landeshoheit auch ein landesherrliches jus collectandi und subcollectandi zum Vorschein kam, sehr häufig Statt. Während die alten pactirten Steuern, welche unabhängig von einer landständischen Gesammtverwilligung mit den einzelnen Gemeinden oder Hintersassen besonders festgesetzt worden waren und theilweise Abfindungen für frühere leibeigenschaftliche und vogteiliche Lasten enthielten, regelmäßig bis in die neueste Zeit unmittelbar zur landesherrlichen Kammer erhoben wurden, flossen dagegen die außerordentlichen Steuern oder Schatzungen, welche jetzt die vereinigten Stände bewilligten, häufig in eine besondere ständische Steuercasse, um von hier aus zu den verwilligten besonderen Zwecken verwendet zu werden. Dabei blieb es Grundsatz, daß die Landesausgaben zunächst auf den Kammereinkünften haften, und nicht einmal eine durchgängige subsidiäre Verpflichtung der Stände zu Deckung derselben ward angenommen.

Reichten die Kammereinkünfte nicht hin zu Bestreitung der darauf ruhenden Haus- und Landesbedürfnisse, so wurden entweder Schulden (Kammerschulden) gemacht, oder die Stände um einen Beitrag (Kammerbeitrag) gebeten, der jedoch ebenso auf freiem Willen beruhte, als eine Uebernahme landesherrlicher Schulden. Nur zu einzelnen Arten von Kammerausgaben: Reichs- und Kreissteuern, Kammerzielern, Kosten der Besetzung und Erhaltung der

*) Ludolf, Observatt. forenses, Vol. I. p. 265. Note 1. „Ante Seculum XVI. Collectas subditis imperatas fuisse a statibus Imperii, probatu erit difficile. Non, quod potestate territoriali, quam hodie superioritatem vocant, caruerint, sed quod eis haec potestatis pars nondum fuerit aggregata. — — Ex propriis bonis sustentavere plerique Domini regionum et se et familiam unusquisque pro modo facultatum, luxus hodierni felici ignorantia."

Digitized by Google

nöthigen Festungen, Plätze und Garnisonen, Gesandtschaftskosten bei Reichs- und Kreistagen waren die Landstände durch Reichsgesetze, und zur Ausstattung fürstlicher Fräulein (Prinzessin-Steuer) durch ein allgemeines Herkommen zu steuern verbunden [1]).

Dagegen wurde allerdings gutwillig von den Ständen weit mehr geleistet, als wozu sie verpflichtet waren, gewöhnlich aber nur gegen die ausdrückliche Versicherung, daß es nicht aus Schuldigkeit geschehe, und allenfalls gegen wiederholte Anerkennung ihrer sonstigen Freiheiten und Abstellung einzelner Landesbeschwerden [2]). So geschah es namentlich in den alten hannöverschen Provinzen, wo die Stände, theils um die reichsgesetzlichen Hülfen aufzubringen, theils um die überschuldete Kammer in den Stand zu setzen, die ihr obliegenden Ausgaben zu bestreiten, bald eine temporäre Belegung des Viehs (Viehschatz), bald ein Pflug- oder Scheffelschatz, bald eine allgemeine Consumtions-Steuer von Bier, Wein, Tabak u. s. w. bewilligten. Dabei war es aber Grundsatz und wurde wiederholt auch von der Regierung anerkannt, daß die Bewilligung und Erhebung des Schatzes, welche letztere dem von den Ständen eingesetzten Schatz-Collegium oblag, ohne Consequenz und unabbrüchig den ständischen Rechten, geschehe, und daß namentlich eine Erweiterung desselben und sogar die Aufbringung von Reichs- und Fräulein-Steuern von dem freien Consense der Stände abhänge. Ebenso blieb es Grundsatz und ward namentlich durch den ülzner Landtags-Abschied v. 26. Nov. 1592, Art. 3 [3]) anerkannt, daß die Kosten der Regierung, Hof- und Haushaltung der Herzöge in der Hauptstadt und bei den Aemtern, wie auch der Unterhalt der fürstlichen Brüder und Schwestern aus dem ordentlichen Einkommen des Landesherrn, d. h. aus den Domänen und Regalien, sollen bestritten werden.

---

1) Jüngster Reichsabschied v. 1654, §. 180. 181. — Kais. Resol. v. 1670, bei Gerstlacher, Handbuch der deutschen Reichsgesetze, Th. VII. S. 993 f. — Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. IV. §. 547.

2) Pütter, Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrechte, Th. I. S. 126 f.

3) Jacobi a. a. O. S. 334. — Vrgl. Strube, Observ. juris, Nr. IV. §. 12. De stricto jure autem status provinciales minime obligati sunt, principi exhibere tales impensas, quamdiu ex bonis cameralibus sumi queunt.

Digitized by Google

Auch in den neuen hannöverschen Landen trat fast überall dasselbe Verhältniß ein. Wie in Lüneburg das Schatz-Collegium entstanden war, so in Ostfriesland das Administratoren-Collegium. Auch hier und ebenso in Osnabrück hatten die ersten Steuern zum Zwecke, dem Kammer- und Tafelgute die Lasten der Verwaltung zu erleichtern, sei es durch Uebernahme von Schulden oder durch Beiträge, welche sich zum Theil wieder in Schuldübernahmen verwandelten, wie in Ostfriesland, wo die osterhoutischen Accordgelder auf diesem Wege berichtigt wurden, oder durch Ankauf von Immobilien zur Vermehrung des Tafelguts, wie in Osnabrück [1]).

Allerdings ist das Subsidiar-Princip durch Vermehrung der Steuern und dadurch, daß eine Anzahl von Ausgaben bleibend auf die Landescasse übernommen werden, etwas verdunkelt worden. Allein die Subsidiarität der Steuer schließt einen großen Betrag derselben nicht aus, welcher vielmehr durch die relative Größe der Staatsausgaben und die daraus hervorgehende Unzulänglichkeit der Kammereinkünfte von selbst bedingt ist. Auch daß die Steuer, welche ursprünglich nur in Nothfällen verwilligt wurde, nach und nach eine ordentliche Abgabe von sehr großem Umfange geworden, und daß davon solche öffentliche Einrichtungen unterhalten werden, wofür sonst die Beden und Vogtrechte als Gegenleistungen dienten, die doch gleichfalls meist noch fortbestehen, ist nicht zu läugnen. Allein schon in frühern Zeiten betrugen die öffentlichen Abgaben zuweilen sehr viel, wie denn Spittler [2]) berechnet, daß unter Kurfürst Ernst August zu Ende des 17. Jahrhunderts allein die unmittelbaren Steuern einen armen Häusling mit Frau und zwei Kindern über 14 Jahren, ohne den Besitz des geringsten Stücks Landes oder Viehs, jährlich mindestens 9 Thlr. betroffen, worunter Schutzgeld 1 Thlr., Brodkornlicent 3 Thlr., Kopfgeld 4 Thlr. Schwer begreiflich ist es freilich, wie die Bevölkerung eines Landes, das nicht durchaus zu den ergiebigsten gehört, bei dem rühmlichsten Fleiße, der seine Bewohner auszeichnet, solche und andere Abgaben neben den grundherrlichen Lasten, welche in den alten hannöverschen Provinzen gleichfalls sehr drückend sind [3]), lange Kriegsjahre hindurch

1) Stüve, Ueber die Lasten des Grundeigenthums, S. 48.
2) Geschichte von Kalenberg, a. a. O. Th. VII. S. 275.
3) Carstens, De success. villicali in Ducatu Luneb. Goett. 1763. §. 17—22.

Digitized by Google

erschwingen konnte. Aber glücklicher Weise sind diese nun vorüber, und wenn dessenungeachtet immer noch viel von den Unterthanen an directen und indirecten Steuern verlangt wird [1]), so ist dieß die natürliche Folge davon, daß auch an den Staat von Innen und Außen jetzt größere Forderungen gemacht werden.

Uebrigens bildete bis zuletzt der ordinäre Landesbeitrag ad statum militiae [2]) die Hauptausgabe der Landescasse, ohne daß jedoch, wie vormals mit Bezug auf die Reichsgesetze verlangt worden, die Stände allein den Militär-Aufwand zu bestreiten gehabt hätten; denn auch aus der Domänencasse ward immer noch ein Zuschuß in die Kriegscasse gegeben (von 381,111 Thlr. 13 gGr.), welcher theils auf die von Sr. Majestät dem König Georg III. nach Beendigung des siebenjährigen Kriegs erfolgte Uebernahme, theils auf ein der Kriegscasse überlassenes mellenburgisches Occupations-Capital sich gründet [3]). Außer dem Militäraufwand liefen auf dem Budget der Landescasse seit 1815 allerdings auch noch andere Ausgaben für das Landdragoner-Corps, das Oberappellationsgericht, die Universität, Industrie-Anstalten, Wasserbau, welche ihrer Natur nach die königliche Casse oder die Klostercasse treffen würden. Allein auch diesfalls waren theils Vorgänge, theils ausdrückliche Verpflichtungen zu berücksichtigen, wie denn schon im vorigen Jahrhundert für die Universität Göttingen 6000 (1832: 24,000 Thlr.), für das Oberappellationsgericht 10,396 Thlr. (jetzt 58,486 Thlr. 16 Gr.), für das Hofgericht 3,760 Thlr. u. s. f. von den Steuern bezahlt wurden [4]). Der ganze Aufwand der allgemeinen Landescasse für diese Neben-Rubriken belief sich übrigens im Jahr 1815 nur auf 93,841 Thlr. [5]) und $18^{33}/_{34}$: 294,222 Thlr. 20 gGr. [6]), wäh-

---

Lünzel, Die bäuerlichen Lasten im Fürstenth. Hildesheim, S. 16 f. — Stüve, a. a. O. S. 81 f., 119 f. — Heine, Nachweisungen z. Rechte der Gutsherren und Bauern im K. Hannover. Lüneb. 1831, S. 22.

1) Von $18^{32}/_{33}$ zus. 3,319,886 Thlr., $18^{33}/_{34}$: 3,073,611 Thlr. Actenstücke des Landtags v. 1834, Th. I. S. 119. 88.

2) 1,400,000 Thlr. Actenstücke v. 1832, S. 700. 701.

3) Actenstücke v. 1834, S. 209. — Eingabe an die B.-V., S. 60.

4) Spittler, a. a. O. Th. VII. S. 271.

5) Actenstücke des prov. Landtags II. S. 151. — Vrgl. Stüve, Vertheidigung des Staatsgrundgef. S. 270.

6) Actenstücke v. 1834, S. 344—347.



Digitized by Google

rend die Ausgaben der königlichen Generalcasse und der General-Salariencasse für die verschiedenen Departements, ausschließlich des Militärs, in dem General-Etat von 1832 veranschlagt waren zu 2,817,943 Thlr. 21 gGr. [1]).

Auch daß die königliche Casse zu dem Militär-Etat nur einen „Zuschuß" lieferte, kann darum nicht als ein Abgehen von dem Subsidiarprincip angesehen werden, da schon in dem jüngsten Reichsabschiede von 1654 (§. 180 u. 181) unter Anerkennung eben dieses Princips die Verbindlichkeit der Unterthanen, zur nothwendigen Landesvertheidigung einen hülflichen Beitrag zu leisten, anerkannt ward [2]). Ebensowenig läßt der Umstand, daß die königlichen Domänen selbst einen auf die Summe von 70,000 Thlr. erhöhten Beitrag zu den von der Landescasse übernommenen Ausgaben lieferten, indem sie gleich andern Gütern der Grundsteuer unterworfen wurden, darauf schließen, daß die ursprüngliche Bestimmung der Domänen, zu den Bedürfnissen des Landes verwendet zu werden, aufgehört habe; vielmehr liegt hierin nur die Anerkennung, daß dieselben auch denjenigen besonderen Zwecken, wozu die Steuern verwendet worden, nicht fremd seien, wie denn solche Beisteuern des Landesherrn zu den landschaftlichen Ausgaben in andern Ländern öfters vorkamen und selbst in den Reichsgesetzen anbefohlen worden [3]). Nur ergiebt sich auf der andern Seite von selbst, daß, je mehr die landesherrliche Casse für Steuerzwecke in Anspruch genommen wird, um so weniger dieselbe die ihr eigenthümlichen Ausgaben zu bestreiten vermag. Daher werden die hannöverschen Stände die Bemerkung in dem königlichen Schreiben vom 28. Dec. 1819 [4]) gewiß sehr einleuchtend gefunden haben:

> daß der ganze Ertrag der Domänen und übrigen Einnahmen der Generalcasse im Lande verbleibe und zum Besten desselben verwandt werde, und daß diese Einnahmen nicht in der Maße, wie solches geschehn, zur Verwaltung und zu den Bedürfnissen des Landes würden

1) Actenstücke v. 1832, S. 112 f.
2) Vrgl. Eichhorn, a. a. O. §. 547.
3) Moser, Von der Reichsstände Landen, S. 210 f. — Gönner, Deutsches Staatsrecht, §. 450, Note 11.
4) Actenstücke v. 1820, S. 77.

Digitized by Google

verwandt werden können, wenn der Hof in Hannover anwesend wäre, oder wenn die Mitglieder der königl. Familie aus denselben unterhalten werden müßten.

Gleichwie denn auch der ebendaselbst aufgestellte Unterschied zwischen Landes- und Domanial-Cassen in die Augen springt:

daß bei den ersteren, freilich immer mit nothwendiger Rücksicht auf die Steuerkräfte der Unterthanen, zunächst das Bedürfniß, also die Ausgabe, die Einnahme, d. i. den Betrag der zu fordernden Steuern, bestimme, bei den letzteren hingegen die Ausgabe lediglich nach den vorhandenen Einnahmen sich richten müsse.

## III. Sind die Domänen Staats- oder Privateigenthum?

### §. 1. Ansichten der Schriftsteller und Particular-Rechte.

Während die größere Zahl älterer und neuerer Staatsrechtslehrer die Kammergüter für Privat-Eigenthum der regierenden Familie erklärt, jedoch mit der inhärirenden Bestimmung, zunächst zur Unterhaltung des Hofstaats und zur Bestreitung der Landesbedürfnisse verwendet zu werden [1]), nehmen dagegen Andere dieselben als Eigenthum der moralischen Person des Staats in Anspruch [2]); Dritte endlich unterscheiden zwischen Domänen und Kammergütern, indem sie das Eigenthum an ersteren dem Staate, an letzteren der regierenden Familie zuschreiben [3]).

---

1) Pütter, Institutiones juris publ., §. 191. — J. J. Moser, Von der Reichsstände Landen, S. 209 f. — Leist, Deutsches Staatsrecht, §. 22. — Mauerbrecher, Deutsches Staatsrecht, §. 201 a. E.

2) Posse, Ueber die Sonderung reichsständischer Staats- und Privatverlassenschaft. Gött. 1790. S. 43. — J. R. v. Roth, Staatsrecht deutscher Reichslande, Th. II. Frankf. u. Lpzg. 1792. S. 29. — Florencourt, Etwas über die Natur, die Veräußerung und Verschuldung der Kammergüter deutscher weltlicher Reichsstände. Helmstädt 1795. — v. Kamptz a. a. O., §. 11 (wo das am Ende stehende Wort: Privatvermögen in Staatsvermögen zu verwandeln ist). — Klüber, Oeffentl. Recht des deutschen Bundes, §. 133.

3) Schreber, Von Kammergütern, 2. Aufl. Lpz. 1754. §. 4. 5. — Häberlin, Handbuch des deutschen Staatsrechts, Th. II., S. 14. — Hagemann, Landwirthschaftsrecht, §. 80—82.



Digitized by Google

Ebenso abweichend wie die Schriftsteller sind auch die Gesetzgebungen, welche in neuerer Zeit das Rechtsverhältniß der Kammergüter bestimmt haben. Während in einzelnen Staaten dieselben ausdrücklich zu Staatsgütern erklärt worden sind, wie namentlich in Baiern, im Königreich Sachsen, hat man sie anderwärts als Eigenthum der regierenden Familie anerkannt, jedoch so, daß der Ertrag ausschließlich oder vorzugsweise zum Unterhalte des Hofs und der übrigen Familie sollte verwendet werden, z. B. in Nassau, Sachsen-Weimar, Baden, Sachsen-Koburg. In weiteren Staaten endlich ist ein Mittelweg eingeschlagen worden, indem ein bestimmtes Familiengut (Hofdomänen, Hausschatz) von den dem Staate überlassenen Domänen ausgeschieden und der besonderen Verwaltung des Regenten als Familien-Oberhaupts vorbehalten ward, z. B. in Württemberg und in den beiden Hessen [1]).

Diese Sonderung zwischen einem Staats- und Privatkammergut ist neuen Ursprungs; denn wenn schon auch in den letzten Jahrhunderten mehrfältig einzelne neu erworbene Güter der Regenten von den Kammergütern abgesondert, der Kammer nicht incorporirt wurden, so war der Grund hievon nicht der, weil man sich die Kammergüter in den Händen des Staats dachte — ein Begriff, der überhaupt dem frühern jus publicum fremd ist —; sondern weil der Landesherr gewisse Einkünfte unter seiner unmittelbaren Verwaltung und nicht in rentkammerlicher Verrechnung haben wollte. Häufig waren diese Güter von dem eigentlichen Kammergute auch insofern unterschieden, als sie dem Lande, d. h. der Landschaft, nicht incorporirt waren, was jedoch nur so viel besagte, daß auf dieselben die landschaftliche Steuercasse kein Contributionsrecht habe, während ein solches gegenüber von den Kammerbauern den Ständen allerdings in der Regel zustand, und sogar die landesherrliche Kammer selbst vertragsmäßig hier und da einen Beitrag zu geben hatte [2]). Dagegen übte der Landesherr auf diesen Gütern, wofern sie nur nicht einem andern Lande

1) Vergl. Klüber, a. a. O., §. 333, Note d. — Mauernbrecher, a. a. O., §. 201, Note q.

2) Moser, Von der Reichsstände Landen, S. 212 f., 210 f.

Digitized by Google

angehörten, ebensowohl die Landeshoheit aus, wie auf den Kammergütern, und von bloßen Privatgütern im Gegensatz zu Staatsgütern kann daher auch in dieser Beziehung so wenig die Rede sein, als, wie Häberlin will, von Domänen qua Staatsgütern im Gegensatz zu Kammergütern, ein Gegensatz, den er sich überhaupt erst geschaffen hat, da „Domaine" im Französischen (domaine de la couronne) früher nichts Anderes bedeutete, als unser deutsches Wort: „Kammergut"[1]). Zwar ist schon im 17. Jahrh. zu Folge der Verschwendung, welche sich manche Regenten mit den öffentlichen Einkünften erlaubt haben, in mehreren Reichen, namentlich in England und in dem Wahlreich Polen, eine bleibende Trennung des Staatsvermögens von dem Einkommen des Landesherrn vorgenommen worden; und ebenso wurden in Frankreich zu Folge der Revolution die früheren Domänen der Krone zu Staatsgut (domaine public, dom. national) erklärt, wobei es bis jetzt geblieben ist[2]). Allein in Deutschland ist diese Einrichtung, wonach dem Regenten die unmittelbare Verwaltung der Landeseinkünfte abgenommen und dagegen zu seiner Subsistenz und zum Unterhalte der Gesammtfamilie eine sogen. Civilliste in Naturalgenuß und bestimmten Geldeinkünften angewiesen wird, erst seit dem gegenwärtigen Jahrhundert in einzelnen Staaten nachgeahmt worden; und so nützlich sie sich auch hier für den Staatshaushalt und für den Staatscredit bereits erprobt hat, so kann man sie doch, wie aus dem Obigen hervorgeht, derzeit nicht als Regel, sondern nur als Ausnahme betrachten.

Auf der andern Seite vermögen wir das Eigenthum an dem Kammergute ebensowenig für ein bloßes Privat-Eigenthum der fürstlichen Familie zu halten; vielmehr scheint es uns, daß der Landesherr als solcher von jeher ausschließlich zur Verfügung über das Kammervermögen und die Kammereinkünfte berechtigt und nur in der Ausübung dieses Rechts durch die eventuellen Rechte der Agnaten einigermaßen beschränkt gewesen. Zwar findet sich diese Ansicht bei den Schriftstellern nirgends mit folge-

1) Vergl. Merlin, Repertoire de jurisprudence, V. Domaine de la Couronne.

2) Merlin, l. c., V. Dom. public.

Digitized by Google

rechter Beſtimmtheit ausgeführt, welche ſich vielmehr hauptſächlich nur in die beiden Gegenſätze: Staats- und Familien-Gut theilen. Dennoch ſteht die Mehrzahl derſelben nicht geradezu damit in Widerſpruch. Die Einen wie die Andern beſtreiten nämlich immer nur die entgegengeſetzte Anſicht, ohne eine in der Mitte liegende dritte auszuſchließen. So ſpricht H. Grotius[1]) allerdings von einem patrimonium populi, cujus fructus destinati sunt ad sustentanda rei publicae, aut regiae dignitatis onera, welches von den Königen weder ganz, noch theilweiſe veräußert werden könne. Allein unbeachtet iſt geblieben, daß Grotius hier das römiſche patrimonium populi im Auge hat und an einer andern Stelle[2]) von dem Volksſtaate den Patrimonialſtaat deutlich unterſcheidet, indem er ſagt:

> Sicut autem res aliae, ita et imperia alienari possunt ab eo, cujus in dominio vere sunt, i. e. a rege, si imperium in patrimonio habeat: alioquin a populo, sed accedente regis consensu; quia is quoque jus aliquod habet, quale usufructuarius, quod invito auferri non debet.

Patrimonialſtaaten in jenem Sinne ſind aber die monarchiſchen Territorien in Deutſchland noch jetzt; denn überall hat der Regent ein eigenes Recht auf die Regierung und ſelbſt ein, wenn ſchon hie und da, namentlich jetzt durch den Bund, beſchränktes Recht zur Veräußerung des Landes oder einzelner Beſtandtheile[3]). Wird aber der Regent als Landesherr (dominus terrae) wenn ſchon nicht im privat-, doch im ſtaatsrechtlichen Sinne angenommen, und wird ihm namentlich, wie in obiger Stelle von Grotius, das Recht zur Veräußerung des Landes ſelbſt beigelegt, ſo kann es wohl keinem Zweifel unterworfen ſein, daß er auch Eigenthümer des Kammerguts und als ſolcher hierüber zu verfügen befugt ſei.

Uebereinſtimmend hiermit äußert denn auch Leyſer[4]), urſprünglich ſeien alle landesherrlichen Güter in Deutſchland Patrimonialgüter geweſen, worüber der Landesherr ſowohl in Anſehung

---

1) De jure belli et pacis, lib. II. cap. 6. §. 11.
2) §. 3. l. c.
3) Vergl. Württ. Verf.-Urk., §. 2. — Hannöverſches Grundgeſetz, § 1.
4) De assentationibus Jurisconsultorum, cap. III. sect. 2; cap. IV. §. 3 seq.

Digitized by Google

des Eigenthums als des Gebrauchs habe verfügen können, wofern er sich nicht dieses Rechts durch besondere mit den Ständen und Unterthanen geschlossene Verträge begeben. Hiermit stimmt nun freilich nicht überein, was derselbe Schriftsteller an einem andern Orte [1]) sagt:

illicitas esse et nullas rerum fisci alienationes, quippe quibus rei publicae patrimonium imminuitur.

Hiernach scheint Leyser [2]) gleich Andern das römische Domanialrechtssystem, welches jedoch bekanntlich noch unter Justinian eine andere Gestalt erhielt, und niemals eine völlige Unveräußerlichkeit der fiscalischen Güter mit sich brachte, auch in Deutschland für anwendbar gehalten zu haben, während, wie er selbst in der obigen Stelle zugiebt, sich hier ein ganz anderes Rechtsverhältniß schon vor Aufnahme des römischen Rechts bereits gebildet hatte.

Indessen ward das Streben der Schriftsteller, ein Staats- oder (vel) ein Familieneigenthum an dem Kammergute darzuthun, hauptsächlich dadurch unterstützt, daß man dem Landesherrn eine freie Veräußerungsbefugniß einzuräumen nicht für räthlich hielt. Während daher Einzelne, z. B. Pfeffinger [3]), mit der Analogie des römischen Dotalfundus die Unveräußerlichkeit des Domaniums als einer Staatsausstattung (individua dos reipublicae) zu begründen suchten, beriefen sich Andere auf einen Fideicommiß-Nexus, wodurch die Verfügung über dasselbe zu Gunsten der Familie eingeschränkt sei.

Aber auch ein unbeschränktes Dispositionsrecht des Landesherrn wird als Regel angenommen von Strube [4]), und J. J. Moser [5]) bemerkt nur: „daß das dem Landesherrn privative zustehende Eigenthum der Kammergüter nicht hindere, daß nicht durch Landesverträge oder ein rechtskräftiges Herkommen in diesem oder jenem Lande üblich sein könnte, daß auch die landesherrlichen Kammergüter zu denen allgemeinen Landesbeschwerden das Ihrige mit beitragen müßten."

---

1) De fisco, p. 14.
2) Vergl. p. 7 eod.
3) Vitriarius illustratus, tom. III, p. 1353.
4) Rechtl. Bedenken, Bd. II., Nr. 1. §. 4.
5) Von der Reichsstände Landen, S. 210.

Digitized by Google

Einige Schriftsteller sagen denn auch geradezu, daß der Landesherr als solcher Eigenthümer sei, z. B. G. L. Böhmer, Principia juris feudalis, §. 60.

> In Provinciis Germaniae praeter jura territorialia existunt bona Cameralia, ad tuendam status imperii, qua talis, dignitatem destinata. — — In territoriis secularibus bona Cameralia pertinent ad jus proprium status imp. cujus est territorium, tum vi infeudationis ab imperio factae, tum vi alterius cujuscunque acquisitionis, qua bona acquisita, accedente incorporatione, Cameralia efficiuntur.

Ebenso Selchow, Elem. juris publ. germ., §. 416.

> Bona Cameralia in pleno principum dominio sunt, nec probari potest, ea unquam a civibus territorii ad alendos principes comparata, et supremum dominium territorio reservatum esse.

In allen diesen Schriften ist nun zwar die Ansicht von dem landesherrlichen Eigenthum der Annahme eines Staatseigenthums gegenübergestellt; allein nur um die letztere Annahme, nicht aber die eines Privat-Eigenthums auszuschließen. Was dagegen v. Kamptz a. a. O. §. 11 und 12 ausführt:

> „daß die deutschen reichsständischen Kammergüter ein Theil des Staatsvermögens der reichsfürstlichen Häuser sind,"

ist zwar ganz geeignet, unserer Ansicht als Stütze zu dienen, nur darf man nicht außer Augen lassen, daß unter Staatsvermögen hier nicht ein Vermögen des Staats oder Landes, sondern das reichsfürstliche Vermögen verstanden ist, gleichwie unter Landes- oder Staatshoheit nicht das Recht des Staats oder Landes, sich selbst zu regieren, sondern das Recht den Staat zu regieren.

Sehr richtig beginnt in dieser Hinsicht Gönner, Deutsches Staatsrecht, §. 450:

> Zwischen Staats- und Privateigenthum in der Mitte stehen die Kammergüter deutscher Fürsten*).

*) Damit stimmt überein Pütter, Inst. juris publ., §. 190: „sunt jura Bonaque Domini territorialis Patrimonialia, quae nullius Privati in patrimonio sunt, quorumque utilitatem aeque ac privatus quilibet bonorum possessor dominus territorialis percipit.

Digitized by Google

Was er aber weiter von einem Privateigenthume der regierenden Familie bemerkt, steht theils im Widerspruch mit dem Vorausgeschickten, theils wird es wenigstens durch die dafür angeführten Beweisgründe, z. B. Contributionspflicht zum deutschen Reiche, Pflicht des Beitrags zu den Landesausgaben, nicht widerlegt.

Unter den neueren Rechtslehrern vertreten zwar wieder Klüber und Mauernbrecher (a. a. O.) die beiden Hauptgegensätze, doch spricht der Letztere [1]) unbestimmt auch wieder von einem Kronfideicommiß und Staatseigenthum zugleich, wodurch in der That keine der möglichen Meinungen ausgeschlossen ist. Schmalz [2]) dagegen nennt die Domänen die eigentlichen Güter des Landesherrn. Er erklärt sich zwar hierbei nur dagegen, daß dieselben in neuern Zeiten durch ungereimte Fiction oft als Nationalgut (Staatsgut) angesehen worden seien; allein, indem er zugleich sagt, daß sie wahres wirkliches Eigenthum der Fürsten seien, und an einer andern Stelle [3]) alles, was ein Souverain besitzt, als der Souverainetät anhängig betrachtet, kann er in der That für eine mittlere Ansicht angeführt werden, wiewohl er auf der andern Seite darin wieder zu weit geht und sich sogar selber widerspricht, daß er dasjenige, was ein Souverain von Ersparnissen, besonders für seine Chatoulle zurückgelegt hat, „nicht minder zum Schatze des Staats" (?!) rechnet, und daß er jedes Testament eines Souverains nur dann gelten läßt, wenn der Nachfolger nach dem Antritte der Regierung es anerkenne, während im Uebrigen dieser Nachfolger alle Verbindlichkeiten seines Vorfahren anzuerkennen verpflichtet sein soll.

Auch der Verfasser der einzigen Abhandlung, welche seit langer Zeit dem Gegenstande gewidmet worden, G. Schneider [4]), glaubt „das noch gültige Eigenthumsrecht der deutschen Fürsten an ihren Ländern und Einkünften" außer Zweifel gestellt zu haben, wobei freilich zu bedauern ist, daß gerade die öffentliche Bedeutung

1) Deutsches Privatrecht, §. 154.

2) Deutsches Staatsrecht, §. 224. 471. 472.

3) A. a. O. §. 287—289.

4) Ueber Kammergüter und Civillisten deutscher Fürsten, Leipzig 1831. S. 20.

Digitized by Google

des Fürstenguts [1]) und dessen Belastung mit den Landesausgaben, welche die Erklärung desselben zu Staatsgut, trotz der Abmahnungen des Verfassers, auch in dem Königreiche Sachsen räthlich gemacht hat, nicht mehr als geschehen hervorgehoben worden.

Zunächst spricht für diese öffentliche (landesherrliche) Natur des Kammerguts der gemeinrechtliche Grundsatz, daß die Landesausgaben zunächst aus den Kammereinkünften zu bestreiten, und nur subsidiär allenfalls, d. h. soweit diese Einkünfte nicht ausreichen, durch Steuern der öffentliche Bedarf aufzubringen sei [2]); denn wenn das Kammergut Privatgut der Familie gewesen wäre, so würde sich der jeweilige Inhaber, beziehungsweise die Erbberechtigten, dieser Beschwerung jederzeit haben entziehen können.

Ein zweiter Grund, warum die fürstlichen Kammergüter nicht als gewöhnliches Kammergut, sondern als landesherrliches Eigenthum zu betrachten sein möchten, ist der, daß nahezu in allen vormaligen Reichsländern wenigstens irgend einmal ein Mitaufsichtsrecht der Stände und selbst eine Controle über Verwendung und Veräußerung des Kammervermögens anerkannt und ausgeübt worden, wie z. B. in Württemberg schon im Jahr 1273 zur schenkungsweisen Abtretung einer Burg von Seite der Grafen der Rath und die Einwilligung der Ministerialen eingeholt ward [3]). Ferner spricht für die landesherrliche Natur der Kammergüter die Analogie der kaiserlichen Domänen, welche „zur Unterhaltung des Reichs und der römischen Kaiser" bestimmt waren [4]), ebenso das Verfahren, welches bei dem Abgange eines Regenten in Sonderung des öf-

---

1) Daß hier und in dem Folgenden von einer öffentlichen Natur des Kammerguts die Rede ist, ungeachtet das Eigenthum an diesem dem Landesherrn zugeschrieben wird, und nicht dem Staate, kann nach der Analogie der Landeshoheit nicht auffallen, welche gleichfalls ihrem Subjecte nach ein Privat-, ihrem Wesen nach aber ein öffentliches Recht ist.

2) Strube, Obs. juris, Nr. IV, §. 12. — Rechtl. Bedenken, Bd. II. Bedenken 1, §. 4. 5. 7. — Leist, Deutsches Staatsrecht, §. 207 und 208.

3) Sattler, Geschichte der Grafen von Württemberg, 1. Forts., Beilage Nr. 4: „praehabito consilio ministerialium nostrorum et consensu."

4) Wahlcapitulation, Art. II, §. 10 u. 11.

Digitized by Google

sentlichen und Privatvermögens beobachtet wird, indem die Kammereinkünfte gewöhnlich zu dem ersteren gerechnet werden [1]).

Was uns aber hauptsächlich zu obiger Ansicht bestimmt, ist, daß die Kammergüter und die damit zusammenhängenden Rechte, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird, großentheils auch von dem Landesherrn als solchem erworben, oder doch mit den eigentlich landesherrlichen Rechten dergestalt vermischt worden sind, daß sie deren Natur angenommen haben.

### §. 2. Von der geschichtlichen Natur der deutschen Kammergüter und der hannöverschen Domänen insbesondere.

Die Kammereinkünfte der deutschen Fürsten beruhten ursprünglich auf dreierlei Gütern:

1) auf Amtslehen, d. h. alten Reichsgütern, welche die Landesherren als Mitgabe zu dem bekleideten Reichs-, insbesondere Fürstenamte geliehen erhalten hatten;

2) auf rechten Reichslehen, wofür sie dem Reiche zum gemeinen Lehendienste verpflichtet waren, und

3) auf Allodien oder Erbgütern, woran den Besitzern das Eigenthum zustand, woraus sie aber gleichfalls als Folge der ursprünglich allgemeinen Contributions- und Heerbannspflicht zu den auf den Reichstagen verabschiedeten Reichsabgaben und Reichsheerfahrten verbunden waren.

Sowohl die Güter Nr. 1, als die Nr. 2 hatten eine öffentliche Bestimmung. Denn das Wesen des herzoglichen oder Fürstenamts bestand gerade in der Befugniß, die in dem Fürstensprengel gelegenen Reichsgüter als Reichsafterlehen auszuleihen und die Belehnten zu des Reichs Diensten aufzubieten [2]).

Und diese Bestimmung blieb auch, nachdem die alten Reichsämter und Reichslehen erblich geworden waren und die Landeshoheit sich daraus hervorgebildet hatte. Im Gegentheil kamen jetzt noch weitere nutzbare Rechte hinzu, welche nicht minder den

---

1) v. Kamptz a. a. O., S. 27. Zuweit geht Schmalz, Deutsches Staatsrecht, §. 287. S. dagegen Posse, Ueber die Sonderung reichsständischer Staats- und Privatverlassenschaft. Gött. 1790. S. 145.

2) Sächs. Landrecht, Buch 3, Art. 52. 58. — Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, §. 290. 294.

Digitized by Google

öffentlichen Charakter an sich trugen, namentlich die Regalien (Münzen, Zoll, Judenschutz) und die schutzherrlichen Befugnisse über die Landesinsassen. Auch mußte dieser öffentliche Charakter seit dem 14. Jahrhundert um so bestimmter hervortreten, je mehr man sich daran gewöhnte, den Grund der landesherrlichen Gewalt durchweg in der kaiserlichen und das Fundament der Reichsverbindung in dem Lehensnexus zu suchen; was zugleich die Folge hatte, daß zuletzt gewöhnlich das ganze Aggregat von Besitzungen eines mächtigeren Hauses zu einem einzigen lehenbaren Fürstenthume zusammengezogen ward.

Die Allodien oder Stammgüter (Nr. 3) waren zwar ursprünglich von dem Amtsgute und von dem Lehen genau unterschieden; allein seitdem diese beiden gleichfalls erblich geworden, hatte die Sonderung, zumal was ihre Verwaltung und die Verwendung ihrer Einkünfte betrifft, weniger Interesse. Da nämlich ihre Besitzer durch die Erhebung zur reichsständischen Würde zu größerem Glanze und daher auch zu größerem Aufwande veranlaßt waren, so ergab es sich sehr natürlich, daß auch die Einkünfte aus den Allodien, worüber der jeweilige Inhaber immer beliebig disponiren konnte, hierzu verwendet wurden, und selbst eine Veräußerung des Allods zur Erhaltung des lehenbaren Landes mußte als echte Noth entschuldigt werden, da ja in dem Lehen nun gleichfalls die Familie succedirte und der Glanz, welcher auf das regierende Familienhaupt fiel, zugleich auf die Mitglieder der regierenden Familie reflectirte. Wenn daher auch je das binnen Jahr und Tag von der Veräußerung an erlöschende Widerspruchsrecht des Erben nach deutschem Rechte [1]) zu einem gleichsam unverjährbaren (weil suspendirten) Revocationsrechte aller und jeder Nachfolger mit dem Feudisten dürfte gemacht werden [2]), so mochte sich die Familie doch wohl nicht entgegensetzen, wenn das ursprüngliche Privatgut mit dem Fürstengute zu einer Masse verbunden wurde, zumal da die Allodialgüter, welche allerdings bei manchen Fürstenhäusern früher von großem Umfange gewesen, zum Theil von Schenkungen kaiserlicher Domänen herrührten, oder aus Ueberresten alter Herzog-

1) Sächs. Landr., Buch 1, Art. 52. — Schwäb. Landr., Art. 312.
2) Eichhorn, Einl. in das deutsche Privatr., §. 228. 369.

Digitized by Google

thümer und Grafschaften, welche, obgleich dem Reiche gehörig, der Besitzer sich angeeignet hatte, und deren Lehenbarkeit erst später zuweilen wieder hervorgesucht wurde, und da auch mit den alten Patrimonialgütern des Adels gewöhnlich schon Immunitätsrechte, also gleichfalls solche Befugnisse verbunden waren, welche aus der öffentlichen Gewalt hergeleitet werden. Uebrigens ist auch auf diese Allodialgüter der Reichslehens-Nexus in Folge freiwilliger Oblation meist erstreckt worden, so daß zuletzt die Allodialität nur noch eine Ausnahme bildete.

Hiernach ist es denn nicht bloß klar, was bereits oben bemerkt worden, daß der Landesherr die Mittel zur Bestreitung der Landesausgaben nur in denjenigen Einkünften suchen konnte, welche ihm zur Verwaltung des Fürstenamts und zur Bestreitung des Reichsdiensts ursprünglich angewiesen waren, oder später diese Natur annahmen, sondern es ergiebt sich auch noch weiter, daß die landesherrlichen Einkünfte, mögen sie nun auf Gütern oder nutzbaren Rechten beruhen, mit der Landeshoheit mittelbar oder unmittelbar zusammenhängen, wie sie denn auch unter verschiedenen Namen (Nutzen, Renten, Güter, hohe und niedere Gerichte, Wasser, Straßen, Geleite, Zölle, Salzflüsse, Erz- und Bergwerke, Mannrechte, Wildbänne, Münze, Gebote und Verbote, und alle anderen Gerechtigkeiten unter und über der Erde) in den Lehenbriefen als Zubehörden der Herzogthümer angeführt und verliehen wurden, folglich nur mit diesen und in gleicher Eigenschaft vererbt werden konnten" *).

Dazu kommt, was die späteren Erwerbungen betrifft, daß sie nicht sowohl durch Anwendung von Privatmitteln als vielmehr der Landeskräfte, namentlich mittelst der im Lande aufgebotenen und aus den Landeseinnahmen, insbesondere aus den Steuern, unterhaltenen Mannschaft gemacht wurden, und wenn auch hier und da ein Zuwachs durch Kauf erfolgte, so wurden doch die nöthigen Summen direct

*) Vgl. Goldene Bulle v. J. 1356. cap. 20. §. 1: „quod jus, vox, officium et dignitas, alia quoque jura, ad quemlibet Principatum eorundem spectantia, cadere non possint in alium, praeter illum, qui Principatum ipsum cum terra, vasallagiis, feudis et dominio ac ejus pertinentiis universis dignoscitur possidere."

Digitized by Google

oder indirect wieder vom Lande aufgebracht. Ebenso ist auch schon, was die früheren Jahrhunderte betrifft, bekannt, daß in der Regel nicht die vom Landesherrn belohnte Dienerschaft, sondern das Land selbst es war, welches ihm seine Herrschaft und seine Einkünfte zu Zeiten der Noth bewahrte oder einlöste [1]).

Alles Vorstehende gilt nun insbesondere auch von den Domänen des Königreichs Hannover. Mit sämmtlichen Landschaften, welche nach und nach an das braunschweigische Haus kamen, waren ohne Zweifel Einkünfte aller Art für den Erwerber verbunden, namentlich grund- und lehensherrliche Rechte, vogteiliche Gefälle, Beeten u. s. w. Der Ertrag dieser Rechte mag schon zu der Zeit (1235), als Herzog Otto, der Enkel Heinrich's des Löwen, mit den vereinigten braunschweig-lüneburgischen Landen (Lüneburg, Braunschweig, Kalenberg, Grubenhagen und Göttingen) unter dem Namen: Herzogthum Braunschweig vom Kaiser belehnt wurde [2]), sehr bedeutend gewesen sein. Allein im Jahr 1267 wurden dieselben zwischen 2 Linien, der braunschweigischen und der lüneburgischen, getheilt und in der erstern im Jahr 1286 noch eine grubenhagische, in der letztern eine göttingensche Linie abgesondert. So kam es, daß auf einem Landesbezirke, welcher längst zu einer Einheit bestimmt war, die Spaltung in verschiedene Landschaften heimisch wurde, weil man sich nicht entschließen konnte, einzelne agnatische Interessen einem höhern Familien- und Landeszwecke unterzuordnen. Zwar waren diese Theilungen der Bedeutung des Fürstenthums entgegen, welcher gemäß die Landeshoheit über ein Fürstenthum oder eine Grafschaft untheilbar hätte sein sollen [3]). Allein je mehr sich

1) Eichhorn a. a. O. §. 427, S. 274. — Stüve, Vertheidigung des Grundgesetzes, S. 292, berechnet, daß für die kalenbergischen, lüneburgischen und hoyaschen Domänen gegen 3 Millionen an Schulden übernommen worden.

2) S. die Urkunde bei Pertz, Monum. Germ. Legum, tom. II. p. 318. Die Stadt Braunschweig war hienach zur Hälfte an den Markgrafen von Baden, zur Hälfte an den Herzog von Baiern, als Antheil ihrer Gemahlinnen an dem Welfischen Erbgut, gekommen und wurde nun vom Kaiser angekauft, um den Herzog damit zu belehnen. Nur Lüneburg ward dem Reiche von Herzog Otto zu Lehen aufgetragen. Vgl. Chron. Luneburgicum bei Leibnitz, Script. tom. III. p. 175.

3) Schwäb. Landrecht, Art. 21. „Man mag kein Fürstenamt mit Recht zweien Mannen gelihen. Gesihet aber es je, jedweder mag mit Recht nit ein Fürst davon geheisen noch gesеyn."

Digitized by Google

das Andenken des Amtsverhältnißes verlor, und die Erblichkeit der Landeshoheit und deren Zusammenhang mit dem Lande in den Vordergrund trat, desto leichter geschah es, daß auch das Amt und die Würde selbst, d. h. das Fürstenthum, die Grafschaft, der Theilung unterworfen wurden, zumal da, wo das Besitzthum aus verschiedenen vormaligen Fürstenthümern oder Grafschaften zusammengesetzt war, welche nur wieder hergestellt zu werden brauchten, um die früheren Amtstitel nebst Land und Leuten auf mehrere Erben zu übertragen [1]). So kam es, daß das braunschweig-lüneburgische Gesammthaus wegen seiner alten Lande mit 4 Stimmen in dem Reichsfürstenrathe betheiligt war: wegen Zelle, Kalenberg, Grubenhagen, Wolfenbüttel, aber auch vermöge des kleinen Umfangs dieser Fürstenthümer gegen andere jüngere Häuser im Ansehen zurücktrat, indem es die 16. 17. 18. u. 19. Stelle auf der weltlichen Bank einnahm, welche je nach dem Alter der regierenden Herren mit einander abwechselten [2]). Bei alle dem waren es indessen hauptsächlich die Stände, welche dazu beitrugen, daß die verwandten Theile wieder zusammen kamen. Unter ihrer Mitwirkung wurde der altlüneburgische Erbschaftskrieg (1369 — 1388) geschlichtet, und Lüneburg mit Braunschweig durch eine Erbeinigung verbunden; mit ihren Mitteln der von Brandenburg gefangene Herzog Bernhard nebst seinen Rittern freigekauft, und wichtige Pfandschaften eingelöst [3]).

Auch bei der göttingischen Linie war die Noth nicht gering, und nur durch Vermittlung der Landstände einem völligen Ruine zuvorzukommen, welchen i. J. 1435, nachdem Vieles von den Gütern verloren gegangen war, Herzog Otto der Einäugige die Landesadministration überließ, bis Herzog Wilhelm von Braunschweig sie ihnen abnahm, welcher dagegen das Erbschaftsrecht der lüneburgischen Linie anerkennen mußte, die anderer Seits den göttinger Landständen (19. Jun. 1463) versprach, daß das Fürstenthum Göttingen

---

1) Vergl. Eichhorn, Staats- u. Rechtsgeschichte, §. 301.

2) Gönner, Deutsches Staatsrecht, §. 150, S. 140.

3) Spittler, Geschichte des Fürstenthums Hannover in der Smlg. s. Werke von Wächter, Bd. VI, S. 54. — Ribbentrop, Beiträge zur Kenntniß der Verfassung des herzogl. braunschweig-lüneburg-wolfenbüttelschen Theils, Braunschweig 1787. S. 73. f. — Eichhorn, a. a. O. §. 399. 415.

Digitized by Google

nie getheilt werden solle [1]). Letzteres ist zwar nicht geschehen; vielmehr ward Göttingen nach dem Aussterben seines eigenen Regentenzweigs mit Kalenberg vereinigt [2]). Aber die Enkel Wilhelm's des Siegreichen, welcher Wolfenbüttel und Kalenberg zuletzt vereinigt besessen hatte, theilten diese beiden Fürstenthümer wieder (1491), und, als auch später der Zufall wollte, daß durch Aussterben der kalenbergischen Linie (1584) unter Herzog Julius das ganze braunschweigische Land zusammenkam, und durch das Erlöschen der braunschweigischen Linie die lüneburgische allein herrschend wurde (1634), ward die Trennung Braunschweig-Wolfenbüttels von den übrigen Landen durch den Theilungsvertrag vom 14. Dec. 1635 verewigt, welcher dem Herzog August, Stifter des jetzigen braunschweigischen Hauses, jenes Fürstenthum überließ [3]). War nun freilich diesen Theilungen von Seite der Stände nicht zu begegnen, so halfen doch Prälaten, Ritter und Städte stets getreulich mit, um Haus und Land vor dem oft genug drohenden Untergange zu bewahren, indem sie entweder Rückstände der landesherrlichen Kammer bezahlten, wie z. B. im Jahre 1614, wo die kalenbergischen Stände 6 Tonnen Golds fürstlicher Schulden übernahmen, oder, indem sie den Landesherrn unmittelbar in laufenden Ausgaben, namentlich Kriegslasten, unterstützten. So geschah es denn im 30jährigen Kriege, daß die kalenbergischen Stände auf Begehren des Herzogs eigene Deputirten ernannten, welche in dringenden Nothfällen nebst Deputirten der wolfenbüttelschen Stände den fürstlichen Räthen beistehen und die Gefahr mit übernehmen sollten [4]). Während so auf der einen Seite die Stände mittelst neu aufgefundener Hülfsquellen den Grundstock des Landes zu retten und zu erweitern trachteten, wurden anderer Seits die Landesherrn mitunter durch unvorhergesehene Erwerbungen begünstigt, welche jedoch mehrentheils wieder nicht ihre Person, sondern ihre Stellung als Reichsvasallen und Nachfolger im Herzogsamte angingen. Dahin gehören namentlich die Besitzungen, welche im 14. u. 15. Jahrhundert durch das Aussterben des größten Theils von dem zahlreichen Herrenstande zwischen

1) Spittler, a. a. O. S. 104 u. 105, Anm.
2) Spittler, a. a. O. S. 107.
3) Rippentrop, a. a. O.
4) Spittler, a. a. O. S. 318.

Digitized by Google

der Leine und der Weser als erledigte Lehen heimfielen [1]). Auch neue unmittelbare Reichslehen erlangten sie in den Grafschaften Hoya und Diepholz, von welchen die erstere im J. 1501 durch kaiserliche Belehnung erworben, die letztere aber kraft einer im J. 1518 erlangten Anwartschaft im J. 1585 in Besitz genommen wurde. Die Aussicht auf die nahe Vereinigung gestattete endlich im J. 1692 die gesammten Länder der zellischen und kalenbergischen Linie zum Kurfürstenthume zu erheben [2]).

Auf Lauenburg, welches in Folge einer alten Erbverbrüderung im J. 1689 an Zelle gekommen war, erstreckte sich diese Erhebung nicht; sondern erst im J. 1716 ward Georg I. damit vom Kaiser besonders belehnt, ungeachtet schon Kurfürst Ernst August sich mit Kursachsen wegen seiner behaupteten Anwartschaft abgefunden hatte. Daß die Stände auch hiebei, wie bei den kostspieligen Unterhandlungen um die Kurwürde, ins Mitleid gezogen wurden, ist wahrscheinlich; wenigstens erzählt Spittler a. a. O. S. 296: „Das Geld war bezahlt zu Wien, der Kurfürst noch ungewiß. Kaum 14 Tage nach ausgefertigtem Kurdiplom hatten schon die kalenbergischen Landstände 100,000 Thlr. verwilligen sollen; wer weiß wie viel Ernst August und Herzog Wilhelm selbst noch zulegten, bis die erste Hauptsumme nach Wien abgehen konnte."

Auch die Herzogthümer Bremen und Verden waren nicht in der Kurbelehnung begriffen, sondern wurden im J. 1715 durch Kauf erworben, indem Georg I. dafür 600,000 Thlr. an Dänemark und überdieß an Schweden im J. 1719 für den Consens 1 Million Thlr. zu bezahlen übernahm. Aber auch sie waren Reichslehen, und wie viel die Stände an der Kaufsumme beitrugen, ist zwar nicht bekannt, wohl aber, daß dieselben in dem vorausgegangenen Kriege, welcher zu diesen Erwerbungen, wie zu der der Kurfürstenwürde den Grund legte, dem Herzoge und nachherigen Kurfürsten Ernst August lange Zeit hindurch ganz außerordentliche Beisteuern bewilligten, und daß ebendamals (1686) der bekannte Licent eingeführt wurde, von dessen Ertrag allein monatlich 20,000 Thlr. für das Militär abgingen, zu einer Zeit, wo man sich an einen miles perpetuus und dessen

1) Eichhorn, a. a. O. §. 415, Note f. u. g.
2) Moser, Staatsrecht, Thl. XXXIII. S. 23 ff.



Digitized by Google

Unterhalt durch die Landschaft anderwärts noch nicht gewöhnt hatte [1]).

Jener Erwerb von Bremen und Verden ist auch noch dadurch merkwürdig, daß den Herzögen von Braunschweig-Wolfenbüttel als Mitbelehnten ein eventuelles Successionsrecht für den Fall des Aussterbens der hannöverschen Linie eingeräumt ward, jedoch mit dem Vorbehalte, daß alsdann die weiblichen Descendenten der letztern wegen der ausgezahlten Summe von 1,600,000 Thlr. zu entschädigen seien, welche Entschädigung durch das Publications-Patent v. 26. Sept. 1833, §. 1 [2]) auf die Schatullcasse übernommen worden. Vielleicht möchte diese Uebernahme als ein Beweis dafür angeführt werden, daß die fragliche Erwerbung aus Privatmitteln gemacht worden. Allein, wenn eines Theils die neue Stipulation überhaupt nicht rückwärts für die Art der frühern Erwerbung beweisen kann, zumal da nach dem Antrage der Stände die eventuelle Entschädigung der Krone obliegen sollte, und nur, um einer weitern Verminderung der Krondotation zu begegnen, dieselbe königlicher Seits auf das Privatgut übernommen wurde, so möchte im Gegentheil gerade in der Mitbelehnung der wolfenbüttelschen Linie und darin, daß von dem Thronfolger in Gemäßheit der früheren Hausverträge eintretenden Falls die Entschädigung geleistet werden soll [3]), ein Merkzeichen dafür gefunden werden, daß die bremen-verdenschen Lande selbst nicht als eine Privatbesitzung, sondern als ein mit den übrigen Landen eng verbundenes Fürstenthum betrachtet wurden; wobei dann freilich die jetzige Uebernahme auf das Schatullgut, falls nicht etwa blos das Privatvermögen des verewigten Königs darunter verstanden, nur alsdann gegenüber von der Familie gerechtfertigt wäre, wenn dasselbe ebenso wie das Krongut beim Aussterben des Mannsstammes in Hannover mit auf die braunschweigische Linie übergehen würde, folglich in der That alsdann von dieser die Entschädigung ausginge, während, wenn das Krongut solche zu leisten hätte, dieß insofern unpassend erscheinen möchte, als zunächst aus den Mitteln der landesherrlichen Kammer früher die Erwerbung ge-

1) Spittler, Geschichte des Fürstenthums Kalenberg, a. a. O. Th. VII. S. 270, 273.

2) Gesetzsammlung von 1833, S. 280.

3) Ribbentrop a. a. O. S. 85 u. 86.

Digitized by Google

macht worden, somit die Krone, als identisch mit der Kammer, wenn sie nun nochmals den Kaufpreis aufbringen müßte, doppelt belastet würde.

Die Einkünfte des Landesherrn aus allen diesen Provinzen waren nun freilich sehr verschiedener Art. Einige derselben waren schon an und für sich öffentlicher Natur. Dahin gehören die vom Kaiser verliehenen Regalien: Münze, Zoll, Bergregal, Judenschutz. Auch die Gerichtsgefälle, als Ausfluß der landesherrlichen Gerichtsbarkeit, können hieher gerechnet werden, ebenso die Beeten, welche ursprünglich nichts Anderes als Steuern sind; desgleichen die Ritterdienste und Ritterpferdsgelder, welche von den Rittergütern, und ein großer Theil der Herrendienste, welche von den Bauern zu leisten sind [1]). Andere Einkünfte tragen zwar die öffentliche Natur nicht unmittelbar in sich, wie namentlich die Einnahmen aus selbst bewirthschafteten, oder in gutsherrlicher Weise hingeliehenen herrschaftlichen Höfen, Waldungen, Mühlen und Gewässern; doch trug nicht allein das angenommene landesherrliche Forst-, Jagd- und Wasser-Regal, insbesondere das erste, gegen welches sich die lüneburgische Landschaft schon in der Saate v. J. 1392 zu verwahren für nöthig fand [2]), sehr viel zur Erweiterung der ursprünglichen gutsherrlichen Rechte bei, sondern es ist überhaupt, um den Landesherrn als berechtigt zu gewissen Einkünften anzunehmen, keineswegs nothwendig, daß diese Einkünfte an sich einen öffentlichen Rechtstitel haben, gleichwie auch der Staat, als moralische Person, ebensowohl privatrechtliche als staatsrechtliche Einnahmsquellen hat. Was uns genügen muß, und was wir im Bisherigen nun auch mit Beziehung auf die alten hannöverschen Domänen bewiesen zu haben glauben, ist das: daß der Landesherr als solcher, wenn auch nicht durchaus, so doch großentheils die betreffenden Domänen und Rechte erworben, und daß dasjenige, was vorhin schon da gewesen oder später als eine Privaterwerbung hinzugekommen, jedenfalls in der Folge durch commixtio die öffentliche Eigenschaft jener ersteren

1) Vergl. Eichhorn a. a. O. §. 306, 307. — Lünzel, Die bäuerlichen Lasten im Fürstenthum Hildesheim. Hildesheim, 1830. S. 184 f. 146. — K. Stüve, Ueber die Lasten des Grundeigenthums, in Rücksicht auf das Königreich Hannover. Hannover 1830. S. 37 f.

2) Jacobi, Lüneb. Landt.-Abschied, Th. I, S. 51, 52.



Digitized by Google

Güter und Gefälle und der Landeshoheit selbst angenommen hat, womit sie seit unvordenklicher Zeit als Theile einer und derselben universitas, des Kammerguts oder Domaniums, vereint gewesen, verwaltet und übertragen worden.

Zwar war auch die Bestimmung (modus) der heutigen Kammergüter und Kammergefälle nicht immer eine und dieselbe; allein jedenfalls war sie seit ihrer Verbindung mit der Landeshoheit keine andere, als die jedes fürstlichen Kammerguts: nebst dem Unterhalte der Familie die Lasten der Landeshoheit zu bestreiten, sei es nun im Verhältniß zu dem Reiche durch Leistung des Reichsdienstes und Tragung der Reichsabgaben oder im Verhältniß zum Lande durch Beschützung der Unterthanen und die nöthigen Anstalten für den Amts- und Gerichtsdienst.

Was das Bisherige noch hauptsächlich bestätigt, ist die Art und Weise, wie die Domänen administrirt zu werden pflegten. Wie die landesherrlichen Einkünfte ohne Unterschied in eine und dieselbe Casse flossen, so wurden auch für die Verwaltung des landesherrlichen Dominium meist dieselben Beamten (Vögte) verwendet, welche die übrigen landesherrlichen Rechte ausübten, namentlich die Gerichtsbarkeit. Ein großer Theil der aus den Domänen fließenden Einkünfte und anderer damit verbundener Gefälle war sogar geradezu den Vögten selbst und der unter ihnen vertheilten Dienstmannschaft als Besoldung überlassen [1]).

Ebenso wurde die Aufsicht und letzte Entscheidung in Kammersachen nicht von dem Landesherrn privatim, sondern durch die höchste Landesstelle ausgeübt, in Hannover namentlich durch den Geheimerath [2]).

Einen Gegensatz zur Kammercasse bildete allerdings meist die sogen. Landes- oder Steuercasse; allein jener Gegensatz bestand nicht in der öffentlichen oder ausschließlich das Land im heutigen Sinne, den Staat, angehenden Natur dieser Casse, sondern darin, daß aus der Kammer die ordentlichen Bedürfnisse des Landes, insbesondere die Kosten der friedlichen Regierung, aus dem Steuer-

1) Eichhorn a. a. O. §. 307. 308. 549.

2) Reg.-Reglement v. J. 1680, bei Spittler a. a. O. Th. VII. Beilage Nr. 13. S. 426.

Digitized by Google

oder Schatzärar dagegen die außerordentlichen Bedürfnisse zu bestreiten waren, wohin zuletzt namentlich das Militär gehörte, ungeachtet die älteste und hauptsächliche Bestimmung der landesherrlichen Einkünfte gerade die Tragung des Kriegsdienstes war.

### §. 8. Heutiges Rechtsverhältniß der fürstlichen Kammern.

An dem Rechtsverhältnisse der fürstlichen Kammern oder Domänen gegenüber von dem Regenten, haben dann auch die politischen Ereignisse dieses Jahrhunderts an und für sich rechtlich nichts geändert. Zwar hat mit dem deutschen Reich auch der Lehensnerus zu demselben aufgehört, und die unmittelbaren Reichslehen haben, sofern ihr Besitzer die Souverainetät erlangte, mittelst Vereinigung der oberherrlichen und vasallitischen Rechte in einer und derselben Person, der des Souverains, die Allodial-Eigenschaft angenommen *). Allein damit ist nur die Qualität dieser Rechte, nicht aber das Subject derselben verändert worden; vielmehr ist dieses nach wie vor der Landesherr oder, wie er jetzt heißt, das Staatsoberhaupt, der Souverain.

Ebenso haften auf den landesherrlichen Einkünften, insbesondere den Domänen, im Zweifel noch immer die früheren Lasten, nämlich theils die Bedürfnisse des fürstlichen Hauses, theils die Landesbedürfnisse, wofern nicht, wie dieß neuerdings in einigen Staaten geschehen, eine Ausscheidung der Landes- und Hofdomänen Statt gefunden hat, oder sämmtliche landesherrliche Einkünfte und damit auch die landesherrlichen Ausgaben, insbesondere für den Hof des Regenten und für den Haushalt der nicht regierenden Familienglieder zur Staatsverrechnung überwiesen worden sind.

Es fragt sich daher nur: in wie fern etwa den neuen Erwerbungen eine andere Natur zu Grunde gelegen? Im Allgemeinen kann man wohl sagen, daß die Acquisitionen, welche die meisten deutschen Staaten in diesem Jahrhundert gemacht haben, mehr mit vereinten Staatskräften begründet worden sind, als irgend Erwerbungen früherer Zeit; denn nicht nur ist die Landesauswahl (Recrutirung) und die allgemeine Besteurung seit dieser Zeit überall zur Regel geworden, sondern es wurde auch jeder einzelne Landeszu-

*) Klüber, Oeffentl. Recht des deutschen Bundes, §. 537.

Digitized by Google

wachs, ja die fortgesetzte Existenz der übrig gebliebenen Reichslande selbst, theils durch fortgesetzte militärische Anstrengungen, theils durch unerhörte Geldopfer, welche den Unterthanen auf directem und indirectem Wege abgepreßt werden mußten, theuer erkauft. Namentlich war dieß der Fall in den hannöverschen Provinzen, welche in diesem Jahrhundert mehrmals zu einem Regierungswechsel verurtheilt waren und dadurch sowohl, als durch ihre Lage bekanntlich mehr als andere deutschen Lande litten, welche jetzt in ungefährdetem Besitze der ihnen zum Lohne verheißenen Verfassungen stehen. Das Fürstenthum Osnabrück ward noch vor Aufhebung des deutschen Reichs, nämlich in Folge eines Staatsvertrags des lüneviller Friedens und durch ein Reichsgesetz, den Deputations-Hauptschluß v. J. 1803 (§. 4) dem Könige von England und Kurfürsten von Braunschweig-Lüneburg als Entschädigung zuerkannt, für seine Ansprüche auf die Grafschaft Sayn-Altenkirchen, Hildesheim, Korvey und Hörter und für seine Rechte und Zuständigkeiten in den Städten Hamburg und Bremen und in deren neugebildeten Gebieten. Weitere Erwerbungen (Hildesheim, Goslar, Ostfriesland, Lingen, Bentheim u. s. w.) verdankt das neu gebildete Königreich Hannover theils einem Staatsvertrag mit Preußen, theils der wiener Congreßacte (Art. 27), worin die betreffenden Gebiete gleichfalls dem Könige von Hannover abgetreten wurden, um durch Seine Majestät und deren Nachfolger mit den Rechten des Eigenthums und der Souverainetät (en toute propriété et souveraineté) besessen zu werden. Auch diese Erwerbungen beruhen daher auf einem öffentlichen Erwerbgrunde, und es könnte sich nur fragen, ob nicht der Staat es sei, und nicht der Landesherr, welchem dieselben zu gut gekommen? Allerdings hat der Staat, mit Inbegriff des Regenten, zu diesen wie zu manchen früheren Erwerbungen die Mittel hergegeben, und deshalb ist das erworbene Land nebst Leuten dem alten Lande hinsichtlich der allgemeinen Landesschuldigkeiten, namentlich der Recrutirungs- und Contributionspflicht, der Landfolge u. s. w. einverleibt worden. Allein aus demselben Grunde folgte auch anderer Seits, daß die in den Provinzen begründeten kammerlichen Einkünfte, wofern nicht ausdrücklich das Gegentheil verordnet worden, den landesherrlichen Rechten gleicher Gattung in den frühern Provinzen anwuchsen.

Digitized by Google

Auch nicht in dem Sinne läßt sich der Ausdruck „Staatseigenthum" hinsichtlich der Domänen rechtfertigen, in welchem von einer Staatsgewalt, d. h. von einer Gewalt des Staats (besser: über den Staat), die Rede ist; denn wenn man auch annehmen will, das Subject der Staatsgewalt sei der Staat selbst (was aber nicht der Fall), so ist doch diese Fiction keineswegs zulässig bei den Domänen und nutzbaren Hoheitsrechten, welche herkömmlich in Deutschland, wenige Ausnahmen abgerechnet, nicht dem Regenten im Verein mit den Ständen, sondern bloß dem erstern zukommen, wenn gleich derselbe als Zweckbestimmung (modus) die öffentliche Verwendung anzuerkennen hat. So gewiß nun aber das Staatsoberhaupt keinen contradictorischen Gegensatz zum Staate bildet, sondern mit diesem immer zugleich begriffen ist, so gewiß müssen doch Herr und Land, oder Landesherr und Unterthanen, welche beide den monarchischen Staat ausmachen, immer noch als verschiedene Subjecte mit verschiedenen Befugnissen betrachtet werden; denn nicht das Volk oder, dinglich ausgedrückt, das Land kann nach positivem deutschen Staatsrechte als Inhaber der Hoheitsrechte betrachtet werden, sondern nur der Regent oder Landesherr, welchem dieselben kraft eines eigenen, nicht vom Volke abgeleiteten, Rechts zukommen. Mit der Landeshoheit oder mit der Staatsgewalt ist aber das Kammergut historisch verknüpft, unter welchem Namen dasselbe auch vorkommen mag, und es kann daher dasselbe ebenso wie die Landeshoheit nur dem Landesherrn als solchem zustehend betrachtet werden. Namentlich gilt dieß von den in den neuen hannöverschen Provinzen früher dem Landesherrn zugekommenen herrschaftlichen Rechten, so weit sie nicht entweder zuvor schon in eine von der landesherrlichen Kammer getrennte Landescasse flossen oder doch nach den Einrichtungen des alten Landes, welche für jeden Zuwachs normirend waren, zu dieser gezogen werden mußten; und hievon kann selbst bei den früheren Bisthümern Osnabrück und Hildesheim nicht abgegangen werden; denn wollte man die vormalige besondere Bestimmung dieser geistlichen Lande als einen Grund zur Abweichung betrachten, so hätten die dortigen stiftischen und bischöflichen Einkünfte, welche übrigens ebenso wohl wie in anderen geistlichen Landen landesherrliche Einkünfte in sich schlossen, der Kirche zurückgegeben, oder doch ebenso, wie die in Alt-Hannover einst ein-

Digitized by Google

gezogenen kirchlichen Güter [1]), in Vereinigung mit den Ständen unter besondere Verwaltung gegeben und nicht in gewöhnliches Kammergut verwandelt werden müssen.

Ebensowenig kann endlich die Bestimmung der Rheinbundesacte Art. XXVII:

> Les princes ou comtes actuellement regnans conserveront chacun, comme propriété patrimoniale et privée tous les domaines sans exceptions, qu'ils possédent maintenant, ainsi que tous les droits seigneuriaux et féodaux non essentiellement inhérens à la souveraineté etc.

einen präjudiciellen Vorgang für das Rechtsverhältniß der Kammergüter der regierenden Häuser in der Art abgeben, daß solche nun ebenfalls als Privatgüter müssen betrachtet werden; denn daß den unterworfenen Fürsten und Grafen nebst dem Anspruch auf Landeshoheit auch ein Recht auf die damit verbundenen Güter und Gefälle zukam, kann nicht bezweifelt werden. Indem also die Rheinbundesacte ihnen die erstere nahm, folgte daraus noch nicht, daß ihnen nicht ein pertinentes Recht, und zwar gerade ein nutzbares Recht durfte vorbehalten werden, worauf sonst die Verpflichtung zu Bestreitung der Regierungsausgaben gelegen. Uebrigens ist in eben jener völkerrechtlichen Urkunde den Mediatisirten noch eine gewisse Patrimonialgewalt gelassen worden, namentlich die Gerichtsbarkeit erster und zweiter Instanz, die Forst- und Jagdpolizei.

Kann nun die ausgeführte Ansicht, daß die hannöverschen Domänen und sonstigen Kammereinkünfte weder Staats- noch Privateigenthum sind, wie nach den Ansichten dieser und jener Schriftsteller müßte angenommen werden, sondern landesherrliches oder königliches Eigenthum, auch mit Rücksicht auf die Staatsveränderungen dieses Jahrhunderts keinem begründeten Einwande unterliegen, so fragt es sich jetzt:

> ob etwa durch die neueren Verfassungsgesetze dem Domanialgute eine andere Natur zu Theil geworden?

Das Patent v. 7. Decbr. 1819 ließ das Rechtsverhältniß der Domänen unverändert. In dem Reglement für die Landdrosteien v. 18. April 1823 (Abschn. I, §. 11) [2]) aber werden zur Wirksam-

1) Landtagsabschied v. 1639, §. 1. — Eichhorn, a. a. O., §. 584, Note w.
2) Pölitz, a. a. O., S. 271.

Digitized by Google

keit dieser wichtigen öffentlichen Stellen auch gerechnet die unter der Leitung der königlichen Domänenkammer stehenden Domänensachen, bei deren Behandlung dieselben als Provinzialkammern fungiren. Ebenso geht aus dem Reglement von demselben Tage über die künftige Verwaltung und Verrechnung der Domanialeinkünfte [1]) hervor, daß zwar die Hebung und Verrechnung der Domänenrevenüen in der Hauptsache den Aemtern abgenommen und besonderen Rentmeistern übertragen worden; allein da gleichwohl alle Domanialsachen, welche sich auf die Erhaltung der Domanialgerechtsame und auf die ökonomische Benutzung der Domanial-Grundstücke, Gefälle und Rechte und die Leistung der auf solchen ruhenden Abgaben beziehen, forthin der unmittelbaren Aufsicht und Leitung der Landdrosteien und der Geschäftsführung der Beamten vorbehalten blieben, so geht hieraus nur aufs Neue hervor, daß der öffentliche Charakter der Domänen auch in deren Verwaltung forthin anerkannt blieb.

### §. 4. Bestimmungen des hannöverschen Grundgesetzes.

Das Grundgesetz v. J. 1833 [2]) hat nun allerdings die Domänen als „Krongut" erklärt, allein aus dieser Bezeichnung ist auf eine Veränderung nicht zu schließen; vielmehr spricht dieser Name geradezu diejenige rechtliche Natur vollkommen aus, welche wir oben als denselben anhängend nachgewiesen haben, indem die Krone als Sinnbild der königlichen Gewalt genommen wird, deren Inhaber als solcher neben anderen Rechten auch die Domanialrechte der Substanz nach inne hat, wenn er schon in deren Ausübung, wie dies nun auch das Grundgesetz wieder bestimmt, mehrfach beschränkt ist.

Zwar wird der Titel: „Krongut" oder „Kronfideicommiß" auch für Domänen oder Kammergüter gebraucht, welche nebenbei als Staatseigenthum prädicirt sind, namentlich in Preußen [3]). Allein aus diesem Beispiele möchte vielmehr folgen, daß dort der Ausdruck Staatseigenthum uneigentlich gebraucht ist, da formell in

---

1) Pölitz, a. a. O., S. 282.

2) §. 122: „Sämmtliche zu dem königlichen Domanio gehörenden Gegenstände, namentlich Schlösser, Güter, Gefälle, Forsten, Bergwerke, Salinen und Activcapitalien machen das seinem Gesammtbestande nach stets zu erhaltende Krongut aus."

3) Allg. Landrecht, II. 14. §. 1. — Klüber, Oeff. Recht ꝛc., §. 332, Note a.

Digitized by Google

Preußen Staat und Regierung eins sind, und wenn irgend ein Monarch, so Friedrich der Große das Wort Ludwig's XIV. (in gutem Sinne) auf sich anwendbar machte: „l'état c'est moi.“ Auch die Bezeichnung der Kammergüter als Staatsvermögen im östreichischen bürgerlichen Gesetzbuche (§. 287) ist nur im Gegensatze zu landesfürstlichem Privatvermögen, nicht aber dahin zu erklären, als ob der Staat in corpore dasselbe besäße (vrgl. das. §. 289).

Die Absicht des hannöverschen Grundgesetzes war in der That auch nicht die Uebertragung des Eigenthums an den Domänen auf das Land oder dessen Repräsentanten, die Landstände, noch auf den ganzen staatlichen Verein, mit Inbegriff des Regenten (die Staatsgesellschaft), sondern die verfassungsmäßige Sicherung des Bestandes derselben; nicht die Schöpfung einer neuen, von den Domänen getrennten Kronausstattung, sondern eine Garantie der bereits in denselben unmittelbar gegebenen reichlichen Dotation. Nur im Gegensatze zu den Regalien (§. 133) scheint der Ausdruck „Krongut“ gewählt zu sein, wiewohl unter Krongut allerdings auch wieder mehrere sonst zu den regalia minora gerechnete Einkünfte begriffen sind.

Sollte übrigens der Sinn jenes Prädicats irgend einem Zweifel unterliegen, so würde derselbe gehoben durch den beigefügten Grundsatz:

> Dem König und dessen Nachfolgern an der Regierung verbleiben unter den nachfolgenden Bestimmungen alle diejenigen Rechte, welche dem Landesherrn daran bis dahin zugestanden haben.

Diese Bestimmungen sind im Wesentlichen folgende (§. 124):

1. Die Auffünfte des gesammten Kronguts sollen ohne Ausnahme zum Besten des Landes verwendet werden.

Wenn mit „Land“ hier der alte publicistische Begriff verbunden wäre, so würde diese Bestimmung allerdings den Rechten der Familie entgegen sein, welche aus dem Domanium regelmäßig ihren Unterhalt zu ziehen hat. Allein jener Ausdruck ist für „Staat“ gewählt, worunter auch die regierende Familie, insbesondere das Staatsoberhaupt begriffen ist, wie aus der Fortsetzung des §. 124 hervorgeht, wonach die Kroneinkünfte in folgender Ordnung sollen verwendet werden: a) Zinse aus den auf dem Domanio haftenden Schulden und Quoten zu deren allmäliger Ablösung. b) Unterhalt

Digitized by Google

und Hofhalt des Königs, der Königin und der minderjährigen Kinder des Königs. c) Standesmäßiges Auskommen der Königin- und Kronprinzessin-Wittwe; die Apanagen und Ausstattungen der Prinzen und Prinzessinnen aus den Nebenlinien und der Wittwen der Prinzen. Erst der Ueberrest der Krongutsrevenüen, sowie der bisher mit der Domanialverwaltung vereinigt gewesenen Regalien, welcher nach Befriedigung der Ansprüche a—c noch bevor bleiben wird, sollte endlich d) zur Bestreitung anderweiter Staatsausgaben verwendet werden.

Man sieht, die Bestimmung des Kronguts zu den Landeslasten, welche sonst als eine coordinirte neben den Ansprüchen der Familie einherging, ist hier den letztern untergeordnet worden. Es kann also durchaus nicht behauptet werden, daß Rechte des Königs oder der Familie hier verletzt seien. Vielmehr ist zuzugeben, daß mit großer Achtung und zarter Schonung für diese Rechte verfahren worden, indem die königlichen Bedürfnisse vor allen anderen befriedigt werden sollen; woraus zugleich hervorgeht, daß jeder öffentliche Bedarf, zu dessen Befriedigung die Einkünfte aus den Domänen und Regalien nicht hinreichen, durch Steuern aufzubringen ist, was als eine Verpflichtung des Landes §. 140 noch ausdrücklich anerkannt wird, während nach der früheren Verfassung, wenige Ausnahmen abgerechnet, die Steuerverwilligung eine rein arbiträre Befugniß der Stände war.

Kann nun in der That nicht daran gezweifelt werden, daß die Einkünfte aus den Domänen und Regalien noch bis zum Staatsgrundgesetze hin ihrer ursprünglichen Bestimmung für das königliche Haus und Land nicht entfremdet und daher um so mehr in dem Staatsgrundgesetze ihre Verwendung für diesen gedoppelten Zweck in Anspruch genommen worden, so fragt es sich:

2. ob nicht etwa durch die weitere Bestimmung des Grundgesetzes, wonach die königliche und die Landescasse in eine Generalcasse vereinigt werden sollen, agnatische Rechte verletzt seien?

Der §. 133 des Grundgesetzes, welcher dieses bestimmt, fügt zugleich bei, daß aus dieser gemeinschaftlichen Casse alle Ausgaben bestritten werden sollen, sofern dieselben nicht auf der Krondotation ruhen.

Hiernach schließt die Vereinigung der beiden Cassen noch eine andere Anordnung in sich, nämlich die Ausmittlung einer besondern

Digitized by Google

Krondotation, worüber die §§. 125 ff. des Grundgesetzes Aufschluß geben. Es sind nämlich zur Deckung der für den Unterhalt und die Hofhaltung des Königs erforderlichen Ausgaben ausgesetzt worden:

a) die Zinsen eines in den Jahren 1784 bis 1790 in den englischen Stocks belegten, aus vormaligen Kammereinkünften erwachsenen Capitals von 600,000 Pfd. Sterling *), welches Capital unveräußerlich und unzertrennlich mit der Krone vereinigt und vererblich sein soll;

b) die Domanialgüter, sowie die zu dem Domanio gehörigen Zehnten und Forsten bis zu dem Belaufe eines Nettoertrags von 500,000 Rthlrn. Conventionsmünze. Diese Summe kann bei vergrößertem Bedarf mit Zustimmung der allgemeinen Stände erhöht werden. Zu Verwirklichung derselben soll von dem König aus den Bestandtheilen des Kronguts ein Complex von Grundstücken, Zehnten oder Forsten ausgeschieden und der selbsteigenen Administration desselben vorbehalten werden.

Außerdem bleiben dem Könige und seinen Nachfolgern in der Regierung die königlichen Schlösser und Gärten, die zur Hofhaltung bestimmten königlichen Gebäude, Ameublements, alle zur Hofhaltung gehörigen Inventarien, die Bibliothek und die königlichen Jagden im ganzen Umfange des Königreichs. Auch das Vermögen der jetzigen Schatullcasse bleibt getrennt von den Staatscassen und zur ausschließlichen Disposition des Königs.

Durch diese Bestimmungen ist allerdings das Recht des Königs zur Benutzung der Domänen beschränkt und es soll die unmittelbare Krondotation auf einen Theil derselben angewiesen werden, während früher der König seinen Bedarf beliebig aus dieser oder jener Einnahmquelle der Kammer entnehmen konnte. Allein eine Verletzung des Nachfolgers kann auch hierin nicht gefunden werden, da die Substanz der Domänen und das Eigenthumsrecht an denselben durchaus unverändert der Krone erhalten und nur in der Ausübung seines Eigenthumsrechts, wie der königlichen Finanzgewalt überhaupt, der Monarch einer Beschränkung unterworfen worden ist.

Daß in der That des verewigten Königs Majestät unter Hintan-

*) S. hierüber Stüve, Vertheidigung des Grundgesetzes, S. 299.

Digitized by Google

setzung persönlicher Interessen lediglich aus Rücksichten des Gemeinwohls in den zuerst von den Ständen vorgelegten Plan einer Vereinigung der königlichen und der Landescassen eingegangen, zeigt sich, wenn es nicht schon von selbst klar wäre, aus den Verhandlungen, welche der Aufnahme der betreffenden Bestimmungen in das Grundgesetz vorhergegangen sind. In dem königlichen Rescripte v. 11. Mai 1832 findet sich diesfalls folgende bezeichnende Stelle:

„Was die Finanzen des Königreichs anbetrifft, so steht bekanntlich die Disposition über die Einnahmen von den Domänen und Regalien Uns allein, mit Ausschluß der Stände, zu, und es ist davon von jeher, nächst den für den Landesherrn und dessen Familie erforderlichen Verwendungen bei weitem der größte Theil der Landesverwaltungskosten nach den alleinigen Bestimmungen des Landesherrn bestritten worden. Wenn daher die vorige allgemeine Ständeversammlung darauf angetragen hat, daß Wir Unsere königlichen Cassen und die Landescasse zu einer einzigen Generalcasse vereinigen möchten, aus einer solchen Vereinigung aber unverkennbar eine Beschränkung der landesherrlichen Dispositionsrechte hervorgeht, so konnten Wir billig Bedenken tragen, ob dieser Antrag zu genehmigen sei, und müssen Uns jedenfalls bis zu einer Unsern landesväterlichen Absichten entsprechenden Vereinigung alle Unsere desfallsigen Rechte vorbehalten. Da indessen nicht zu verkennen ist, daß durch die bestehende Trennung der Cassen die Einführung zweckmäßiger und für das Land wohlthätiger Einrichtungen häufig gar sehr erschwert, ja ganz unmöglich gemacht wird, und daß besonders bei der Verwaltung nicht diejenigen Ersparungen gemacht werden können, welche zum Besten Unseres Königreichs durchaus erforderlich sind: so ertheilen Wir zu dieser Vereinigung der Cassen, jedoch unter den folgenden aus alleiniger Rücksicht auf das wahre Beste des Landes hervorgehenden Bedingungen, hierdurch Unsere Allerhöchste Zustimmung.“

Und nun folgen ganz dieselben, die Unabhängigkeit der Thronfolger und des königlichen Hauses sicherstellenden, Bestimmungen, welche nachher in das Hausgesetz aufgenommen worden sind *). Die

*) Actenstücke v. 1832, S. 18.

Digitized by Google

Stände erwiederten unter dankbarer Verehrung der huldreichen und hochherzigen Art, womit Seine Majestät ihren Antrag und dessen Motive aufgenommen, wie sie mit der Regierung fortwährend in dieser Maßregel eine so wesentliche und nothwendige Vorbedingung einer vollkommenen Einheit des Finanzsystems, einer angemessenen Vereinfachung durchgreifender Ersparungen und der Entfernung vielfacher Inconvenienzen in den öffentlichen Abgaben und damit in Verbindung stehenden Verhältnissen erkennen, daß sie, um zu jenem hochwichtigen Zwecke zu gelangen, Alles, was nur irgend in den Kräften des Landes stehe, aufzubieten nicht scheuen zu dürfen glauben [1]).

Aber auch das königliche Haus hat durch jene Vereinigung keinen materiellen Nachtheil erlitten; denn abgesehen davon, daß in der öffentlichen Verwaltung der Domänen nur eine wünschenswerthe Sicherstellung für die Betheiligten liegt, ist in der That auch die Krone in Vergleich mit ihren frühern reinen Einkünften und mit den Dotationen anderer Länder auf eine sehr anständige Weise ausgestattet. Schon in der Form der Dotation, welche unter Beseitigung der in andern Staaten neuerdings eingeführten Civillisten auf einen Complex von Immobilien unmittelbar radicirt werden soll, ist auf die Selbstständigkeit und Würde der Krone besondere Rücksicht genommen. Aber auch in Hinsicht auf den Umfang derselben erscheint diese nicht als verletzt. Nach dem Generaletat der königlichen Generalcasse und der königlichen General-Salariencasse, welche i. J. 1832, also während der Verabschiedung des Staatsgrundgesetzes, von der königlichen Regierung vorgelegt wurde [2]), betrugen nämlich die Einnahmen aus diesen beiden Cassen 3,851,500 Thlr. und die Ausgaben 3,868,700 Thlr. Es ergab sich somit ein Deficit von 17,200 Thlr. Und doch war der ganze Ertrag der Domänen und Regalien, nebst den Zuschüssen aus andern Cassen, kurz Alles in Rechnung genommen, was nach dem Grundgesetze nun theils zur unmittelbaren Krondotation, theils in die Staatscasse von königlichen Einkünften übergehen sollte. Unter den Ausgaben aber war bereits jene Krondotation in Uebereinstimmung mit dem nachherigen Grundgesetz zu 618,000 Thlr., worunter 118,000 Thlr.

1) Actenstücke v. 1832, S. 1280.
2) Actenstücke v. 1832, S. 108 ff.

Digitized by Google

an Zinsen aus den englischen Stocks in Anschlag gebracht. Von einer Verkürzung des Monarchen in seinen Einkünften zu Folge der Cassenvereinigung kann also nicht die Rede sein. Noch weniger können sich die Agnaten und die übrigen Mitglieder der königlichen Gesammtfamilie hierauf berufen; denn diese bezogen zur Zeit der früheren Verwaltung nichts aus den öffentlichen Einkünften in Hannover, während jetzt für dieselben durch das mit den Ständen verabschiedete Apanagen-Reglement, welches zugleich einen integrirenden Theil des neuen Hausgesetzes v. 19. Nov. 1836 bildet, auf eine ihrem hohen Stande angemessene Weise gesorgt ist [1]).

In der That haben auch bei dieser Gelegenheit die Stände mit einer Umsicht und Sorgfalt die Interessen des königlichen Hauses erwogen, welche allein schon hinreichend Zeugniß geben von der treuen Ergebenheit, womit dieselben die stets wohlgemeinten und wohl überdachten Anträge ihrer Regierung aufnahmen.

Wie es übrigens gekommen ist, daß die königlichen Cassen trotz dem, daß die königliche Familie dieselben nicht für sich in Anspruch nehmen wollte, fortwährend weniger im Stande waren, die ihr obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen [2]), wodurch alsdann die Stände genöthigt wurden, mehr und mehr auf die Landescasse zu übernehmen, erklärt sich theils aus den vermehrten Bedürfnissen der Landesadministration, theils aus dem Zustande der königlichen Domänen, welche die Haupteinnahmsquelle für die königliche Regierung bildeten.

Während der Kriegsunruhen zu Anfang dieses Jahrhunderts und besonders unter der französisch-westphälischen Regierung haben nämlich die hannöverschen Domänen, welche früher sehr bedeutend gewesen [3]), vielfach gelitten; und ungeachtet von der später wieder eingesetzten rechtmäßigen Regierung die Handlungen des aufgedrungenen Zwischenherrschers als nichtig anzufechten waren, so konnte man doch wohl die Folgen der stattgefundenen Verschleuderungen, namentlich des Art. 2 der westphälischen Verfassung, worin Napoleon

---

1) Actenstücke v. 1836, S. 8 f. 642 f., in Vergl. mit Actenstücke v. 1820, S. 77.

2) Ueber den früheren Zustand der Domänen s. Stüve, Vertheidigung des Staatsgrundgesetzes, S. 252 f.

3) Crome u. Jaup, Germanien, Bd. IV. S. 115.

Digitized by Google

sich die Allodial-Domänen der einverleibten Fürstenthümer zur Belohnung für Officiere der französischen Armee vorbehalten hatte, nicht ganz beseitigen *).

Zwar haben sich durch die neuen Erwerbungen die königlichen Einkünfte wieder gehoben, und es konnten deshalb in dem Rechnungsjahre 1836 bis 1837 die reinen Einnahmen aus den Domänen und Regalien veranschlagt werden, wie folgt: 1) die Renteneinnahmen zu 1,679,040 Thlr.; 2) Ueberschüsse von den Bergwerken und Salinen zu 130,000 Thlr.; 3) Ueberschüsse von den Zöllen zu 377,193 Thlr. 16 gGr.; 4) Ueberschüsse von den Posten zu 140,000 Thlr. Zusammen zu 2,326,233 Thlr. 16 gGr.

Allein im Verhältnisse zu dem größeren Umfange des jetzigen Königreichs und zu den vermehrten Bedürfnissen der Regierung haben die Domanialeinkünfte nicht zugenommen, welche gleichwohl schon früher eine stets gesteigerte ständische Beihülfe nöthig gemacht hatten.

Das Anerbieten in dem vorjährigen Verfassungsentwurfe (§. 107) aus den Einkünften der Domänen und Regalien für jetzt einen jährlichen Beitrag von 2,300,000 Thlrn. zur Bestreitung der Staatsausgaben, einschließlich der Bedürfnisse der Nebenlinien des königlichen Hauses, abgeben zu wollen, spricht ohne Zweifel für die Geneigtheit Sr. Majestät, auch ferner jene Staatsausgaben nicht ganz durch Steuern aufbringen lassen zu wollen. Auch haben Höchstdieselben die Bereitwilligkeit, Ihre Unterthanen künftig noch mehr zu erleichtern, dadurch bestätigt, daß schon in dem Patente vom 1. Novbr. 1837 ein Steuernachlaß von 100,000 Thlr. verkündet wurde, wozu freilich nach altem, wie nach neuem hannöverschen Staatsrechte ständische Mitwirkung erforderlich gewesen wäre. Indessen je gnädiger die Gesinnungen Sr. Majestät gegen Ihre getreuen Unterthanen sind, desto mehr werden diese erwarten dürfen, daß Garantien, welche das Grundgesetz von 1833 für einen geordneten und vereinfachten Staatshaushalt und für schon früher in Aussicht

*) S. übrigens Rehberg, Zur Geschichte des K. Hannover, S. 56, wonach von dem landesherrlichen Gute in den alten Provinzen während der feindlichen Regierung nur ein ganz unbedeutender Theil veräußert worden. Dagegen berichtet Crome (Germ. IV. S. 115) im Jahr 1811: daß Hannover seit 7 Jahren seine besten Domänen verloren habe.

Digitized by Google

gestellte nachhaltige Steuererleichterungen dargeboten, nicht werden zerstört werden. Eine dieser Bürgschaften ist

3. die ständische Mitaufsicht über die Verwaltung der bisherigen königlichen Einkünfte, sofern diese nun in die vereinigte Generalcasse fließen, über deren Bedürfnisse der allgemeinen Ständeversammlung jährlich ein nach den Hauptausgabezweigen festgestelltes Budget nebst den nöthigen Erläuterungen vorzulegen ist (G.-G. §. 139).

Allerdings haben die Stände an der Verwaltung der Domänen niemals dauernden Antheil gehabt; nur vorübergehend wurde einmal (1435) von den göttingischen Ständen die Administration derselben übernommen. Allein von Einräumung eigentlicher Dispositions- oder Verwaltungsbefugnisse ist auch jetzt nicht die Rede. Vielmehr schließt das Grundgesetz (§. 90) jedes Eingreifen der Stände in die Verwaltung (also auch in die Finanzverwaltung) auf einem anderen Wege als dem der Petition aus. Dagegen ist den Ständen anzusinnen:

a) Die Prüfung und Bewilligung des Budgets über die Ausgaben, welche die Verwaltung des Landes und dessen sonstige aus der Generalcasse zu bestreitenden Bedürfnisse erforderlich machen (§. 139). Da den Ständen zugleich die Pflicht auferlegt ist, für die Deckung der nöthigen Ausgaben in so weit zu sorgen, als solche aus den Einkünften des Kronguts und der Regalien nicht bestritten werden können (§. 140), so ergibt sich jenes Recht der Prüfung und Bewilligung des ganzen Ausgaben-Budgets von selbst. Uebrigens ist dieses ständische Recht in Hannover auf eine Weise beschränkt, welche sich nicht überall findet. Namentlich ist bestimmt, daß der Bedarf für den Militäretat, sowie die Grundsätze, welche bei Bewilligung der in den übrigen Haupt-Ausgabezweigen begriffenen Gehalte und Pensionen zu befolgen sind, durch gemeinschaftlich mit den Ständen festgestellte Regulative festgesetzt werden sollen, an welche alsdann die Stände bis zu deren verfassungsmäßiger Revision gebunden sind *), und daß Ausgaben,

*) Auch in dieser Bestimmung wurde neuerdings Anstoß gefunden. „Sie scheint billig, rein finanziell und ungefährlich"; aber „nahe liegt der Mißbrauch, unter dem Vorwande gewissenhafter Prüfung des Personal-Gehaltsbedarfs ständischer Seits tief in das innere Getriebe der Ver-



Digitized by Google

welche auf bestimmten bundes- oder landesgesetzlichen oder privatrechtlichen Verpflichtungen beruhen, nicht verweigert werden dürfen (§. 140), ferner daß die Anschläge für die einzelnen Hauptdienstzweige als ein Ganzes zu betrachten und daher nur in dieser Art einzuhalten sind (§. 141), daß die Ersparungen an dem Militäretat dem Kriegsschatze verbleiben (§. 142), und daß endlich der König über einen 5 Procent der gesammten Ausgaben betragenden Reservecredit in außerordentlichen Fällen durch das Ministerium verfügen kann (§. 143).

b) Die Bewilligung der auszuschreibenden Steuern (§. 145). Daß dieses kein neues, sondern ein altes Recht der Stände sei, ist bereits früher bewiesen worden. Neu sind dagegen mehrere wichtige Beschränkungen desselben, namentlich daß die Stände jetzt verpflichtet sind, für Deckung der nöthigen Ausgaben zu sorgen (§. 140), daß die Steuerbewilligung an keine dem Wesen und der Verwendung der Steuern fremdartige Bedingung geknüpft werden darf (§. 145), daß die für ein Jahr verwilligten Steuern im Falle einer Auflösung der Ständeversammlung auch noch weitere 6 Monate unverändert forterhoben werden dürfen (§. 146).

c) Die Bewilligung neuer Anlehen der Generalcasse (§. 147). Die Stände hatten dieses Recht schon früher bei der Landescasse ausgeübt, und auch die Belastung der landesherrlichen Kammer mit neuen Schulden ward mehrmals, z. B. in dem Briefe v. J. 1536, von dem ständischen Consense abhängig gemacht *). Uebrigens ist für außerordentliche Fälle, wo der ständische Consens nicht sollte eingeholt werden können, dem König das Recht eingeräumt, bis zu 1 Million Thaler ohne Bewilligung durch das Gesammt-Ministerium aufnehmen zu lassen (§. 147).

---

waltung einzubringen, die unerläßliche Abhängigkeit der Verwaltungsbeamten von der höchsten Staatsbehörde zu untergraben und die Dienerschaft dem Wesen nach von dem Charakter einer solchen des Königs zu entkleiden." Allerdings ist jedes Recht der Gefahr des Mißbrauchs ausgesetzt; auch das Recht der Budgetsverwilligung, wie anderer Seits das der Besoldung und Pensionirung. Allein eben hiegegen sollten die gesetzlichen Regulative schützen, worin in der That ebenso dem ständischen Verwilligungsrechte als der Verwaltung eine Schranke gesetzt ist.

*) Jacobi, Lüneb. Landtagsabschied, Bd. I. S. 164.

Digitized by Google

d) Die Zustimmung zur Verpfändung des Kronguts und zur Veräußerung ganzer Domanialgüter oder bedeutender Forsten (§. 123). Auch diese Zustimmung ward vormals in den braunschweigischen Landen gefordert [1]). Ebenso ist sie in den neueren Verfassungen anderer Staaten und in den meisten Haus- und Landesgesetzen altständischer Territorien für nothwendig erkannt [2]). Nothwendige oder nützliche Veräußerungen im Kleinen kann übrigens auch jetzt noch der König für sich vornehmen; nur ist über die Veränderungen des Grundstocks den Ständen jährlich Nachweisung zu geben (§. 123).

e) Die Zustimmung zur Ausmittlung der (unmittelbaren) Kronausstattung (§§. 125—127). Nachdem einmal die Nothwendigkeit der Cassenvereinigung und die Verpflichtung der Stände zur Deckung des Deficits anerkannt war, ergab sich von selbst, daß der Umfang der Krondotation nicht bloß von der Krone abhängen durfte. War aber dieser Umfang in dem Staatsgrundgesetze mit beiderseitigem Consense festgestellt worden, so kann es nicht auffallen, wenn auch die Fixirung der Dotation auf einzelne Domänen und ihre künftige Erhöhung von jenem Consense abhängig gemacht ist, zumal da schon unter der erbländischen Verfassung mit den Ständen zuweilen Kammerpläne gemacht und die Regenten auf ein gewisses Bedürfniß eingeschränkt wurden [3]), und da das hannöversche Grundgesetz sich von anderen neueren Verfassungen in jener Hinsicht dadurch unterscheidet, daß die Bewilligung der Krondotation nicht etwa bloß auf die Lebensfrist des Regenten, sondern für immer ertheilt und daher ein neuer Consens nur alsdann erfordert wird, wenn entweder eine Erhöhung derselben gewünscht oder der festgestellte Gütercomplex durch Veräußerungen vermindert worden sein sollte. Daß sodann die Beschränkungen hinsichtlich der Veräußerung von Kronguts-bestandtheilen auch auf die Krondotation erstreckt worden (§. 129), versteht sich von selbst. Ebenso wird sich endlich nichts dagegen einwenden lassen, wenn die Kosten der Erwerbung und ersten Einrichtung königlicher Schlösser oder ganzer Appartements nur mit Bewilli-

1) Jacobi, a. a. O., S. 61. 221. — v. Bilderbeck, a. a. O., Cap. IX.
2) Klüber, Oeffentl. Recht, §. 333. Note b. — Mauernbrecher, Staatsrecht, §. 202. Note c.
3) Jacobi, a. a. O., S. 142. 220. 254. 357.



Digitized by Google

gung der allgemeinen Ständeversammlung aus der Generalcasse dürfen aufgewendet werden (§. 130), da hierin wohl der einzige Weg lag, um dergleichen von dem Könige gewünschte Acquisitionen und Veränderungen ohne die Mittel der Krondotation zur Ausführung zu bringen.

## III. Inwiefern ist der Nachfolger in der Regierung aus den Handlungen seiner Vorfahren verbunden?

### §. 1. Grundsatz der Gesetzlichkeit.

Die Meinungen in Beziehung auf unsere Frage waren früher sehr getheilt. Außer der Ansicht der italienischen Praktiker, welche den Regierungsnachfolger nach der Theorie des römischen Erbrechts betrachteten, war im 16. Jahrhundert eine andere privatrechtliche Ansicht herrschend, wonach der Nachfolger, insbesondere der Agnat, im Gegensatz zum Descendenten, aus den Verträgen seines Vorgängers nur alsdann verbunden gehalten wurde, wenn er dessen Erbe geworden war[1]).

Diese Ansicht war gestützt auf die lehenbare Eigenschaft der deutschen weltlichen Reichslande und auf den Grundsatz des longobardischen Rechts[2]), daß der Lehensfolger als Singularsuccessor die dem Lehen nachtheiligen Handlungen seines Vorgängers widerrufen könne, außer wenn das Lehen ein Erblehen, in welchem Falle wenigstens der Sohn sie anzuerkennen, oder wenn der Lehensfolger zugleich Privaterbe, in welchem Falle derselbe aus diesem Grunde für alle und jede Handlungen des Erblassers herzukommen habe.

Der privatrechtliche Gesichtspunkt war ein falscher, weil die Staatsfolge keine bloße Privat-Succession ist, und wenn schon die Reichsämter und Regalien früher nach Art der Lehen verliehen wurden, dieß doch der Natur jener Rechte keinen Eintrag that, welche nach wie vor öffentliche, aus der königlichen Gewalt abge-

1) s. v. Kamptz, Erörterung der Verbindlichkeit der weltlichen Reichsfürsten aus den Handlungen seines Vorfahren. Neu-Strelitz 1800, §. 37 ff.
2) II. 45.

leitete Rechte blieben, und daher auch in ihrer Ausübung hiernach zu beurtheilen waren. Sehr richtig hatte daher schon der Vater der Legisten, Baldus [1]), die Reichssuccession als eine successio in dignitate bezeichnet und behauptet, daß, was die Könige nicht in ihrem eigenen, sondern in des Reiches Namen thun, das Volk und darum auch den Nachfolger in der Regierung von selbst verbinde, außer wenn die Handlungen das Reich verletzen, quia regni tutela est commissa, non dilapidatio. Erst durch Grotius und Pufendorf ward jedoch dieser Unterschied zwischen öffentlichen und Privathandlungen und der Grundsatz: daß von den dignitatis et officii nomine eingegangenen Verbindlichkeiten der Nachfolger in der Regel sich nicht freimachen könne, weil sie im Namen der moralischen Person des Staats vorgenommen worden, welcher nicht stirbt (Principes mortales, respublica aeterna!), in das allgemeine Staatsrecht und von hier aus in die reichsgerichtliche Praxis und in das positive jus publicum verpflanzt. Und auch jetzt noch fehlte es nicht an Gegnern dieses staatsrechtlichen Princips, wie denn z. B. der Kanzler v. Ludwig in einer eigens der Frage gewidmeten Abhandlung [2]) dasselbe darum verwarf, weil man dem Staate keine Censur über die Handlungen seines Regenten einräumen könne.

Dieser Einwand ist schief und zu viel beweisend, indem daraus, daß der Regent als Vertreter des Staats angesehen wird, noch nicht folgt, daß dem Volke auch ein zu Recht beständiges Urtheil über die Regentenhandlungen zukomme, und andererseits, wollte man jedes Urtheil des Volks über Regierungshandlungen ausschließen, auch die besonderen Verfassungen, worauf Ludwig verweist, nicht mehr als verbindend könnten betrachtet werden, während bekanntlich zur Zeit des deutschen Reichs die Unterthanen über Angriffe auf ihre wohlerworbenen Rechte, als über wahre Justizsachen, Klage bei den höchsten Reichsgerichten erheben durften [3]).

---

1) Consilia (ed. 1490) lib. I. cons. 27; lib. II. cons. 159, N. 4.

2) Opusc. Misc., tom. I. p. 539 seq.

3) Struve, Unterricht von Regierungs- und Justizsachen, §. 13. — Leist, Deutsches Staatsrecht, §. 86.

Digitized by Google

Mit Recht hat daher schon J. H. Henning [1]) wieder bemerkt:

„verior est sententia, quod Princeps in negotio expediendo ipsam rem publicam, quae jus obligandi in ipsum transtulit, repraesentet et sic, mediante civitate, etiam successorem obligare possit.“

Auf der andern Seite aber muß man zugeben, daß der von diesem staatsrechtlichen Gesichtspunkte aus hauptsächlich von den Schriftstellern des 18. Jahrhunderts begründete Satz:

Der Nachfolger ist, er sei Privaterbe oder nicht, schuldig, diejenigen Verbindlichkeiten seines Vorgängers zu erfüllen, welche dieser als Landesfürst zum Wohle des Landes eingegangen,

viel Schwankendes hat, indem darüber: was zum Wohle des Landes gereiche, gar verschiedene Ansichten möglich sind. Allerdings muß man im Zweifel mit dem kaiserlichen Reichshofrathe annehmen, daß ein regierender Herr ex ratione probabili et laudabili gehandelt habe [2]), oder, wie Kaiser Franz II. in einem Handschreiben an die Kurfürsten geltend machte,

„ein jeder regierender Fürst hat die Vermuthung für sich, daß er bei seinen Staatshandlungen alle individuellen Verhältnisse reiflich überlege, und die Wohlfahrt des Landes zum Augenmerk habe“ [3]).

Allein bei dieser laxen Rechtsvermuthung sieht man dann wieder nicht ein, wo die Verbindlichkeit des Nachfolgers ihre Grenze haben soll. Und doch muß auch hierin eine Grenze gegeben sein, und zwar in dem Verhältnisse der Handlung zu denselben Gesetzen, welchen gemäß der Staat zu regieren ist, und welchen auch das Staatsoberhaupt, so lange sie nicht abgeändert sind, unterworfen ist [4]). Die Gesetzlichkeit der Handlung also muß entschei-

---

1) Diss. de obligatione ex facto praedecessoris, Vitemb. 1725, §. 16.
2) Cramer, Opuscula, tom IV. p. 392.
3) Häberlin, Staatsarchiv, Bd. III, S. 27.
4) Schnaubert, D. de principe legibus suis obligato. Jen. 1793, §. 5 u. 21. — Diese Abhandlung, übersetzt von Hagemeister, 1795, Anm. 34. — v. Kamptz, a. a. O., §. 76. — Mauernbrecher, Deutsches Staatsr., §. 188.

Digitized by Google

den, ob dieselbe, wie für andere überhaupt, so auch für den Regierungsnachfolger verpflichtend sei. Daher man dem Kanzler von Ludwig allerdings beipflichten muß, wenn er sagt[1]):

ad ea, quae superior princeps fecit juste et legitime ex usuque reipublicae ad ea omnia quoque Successor obligatur cum praestanda tum conservanda.

Aus der Verbindung des Baldus-Grotischen Princips mit diesem Grundsatze der Gesetzlichkeit (Legitimität) ist diejenige Ansicht hervorgegangen, welche seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts gemeine Meinung der Rechtsgelehrten geworden:

daß der Nachfolger durch solche Handlungen seiner Vorfahren gebunden werde, welche diese, in der Eigenschaft als Regenten, rechtmäßig, d. i. mit Beobachtung der ihnen durch allgemeine oder besondere Gesetze auferlegten Pflichten, unternommen haben[2]).

Namentlich war es der Minister v. Kamptz, welcher in seiner oben angeführten Schrift (§. 73) jenen Grundsatz weiter ausführte und begründete. Jeder Regent hat nämlich gewisse Schranken seiner Macht anzuerkennen. Dahin rechnete Kamptz (1800) den Reichsverband und die Unterordnung gegen Kaiser und Reich (an deren Stelle jetzt der deutsche Bund mit den ihm eigenthümlichen Verpflichtungen getreten ist), ferner die mit den Unterthanen eingegangenen Staatsverträge und die dadurch der Landesverfassung gegebene Form und der Landeshoheit gesetzten Grenzen, sodann die Vorschriften der Hausgesetze und den Zweck der Landeshoheit: Beförderung und Erhaltung des Staatswohls. Daher der Grundsatz:

„Nur diejenigen Handlungen des Vorfahren können für den Nachfolger verbindlich sein, bei welchen der Vorfahrer inner-

---

1) cap. IV, §. 1. l. c.

2) de Cramer, suppl. Opusc., N. XIII, §. 67. p. 710, §. 68. N. 93. — Strube, Rechtl. Bedenken, Bd. I. Nr. 1. — v. Zwierlein, Nebenstunden, Th. I, Abh. 3, §. 3 u. 4. — Pütter, Primae lineae juris priv. Principum, §. 67. — Westphal, Deutsches Staatsrecht, S. 158. — Schnaubert, Staatsrecht d. Reichslande, §. 126—128. — Reuß, Deductions- und Urk.-Sammlg., Bd. IV, S. 263. — Leist, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, §. 42.

Digitized by Google

halb der durch diese Bestimmungen seiner Macht gesetzten Schranken geblieben ist, und welche diesen Beziehungen nicht entgegen sind, weil nur dadurch der Staat und seine Hoheit selbst verbunden werden kann. Hat der Vorfahrer aber ausserhalb diesen Bestimmungen oder wohl gar gegen dieselben gehandelt, so ist eine solche Handlung ohne Fug und Macht, also auch der verbindlichen Kraft für den Staat und folglich für den Nachfolger entblößt" [1]).

Als Handlungen, welche der Nachfolger in der Regel zu erfüllen habe, führt derselbe Schriftsteller (S. 224) beispielsweise an: die mit den Landständen geschlossenen Vergleiche, die mit auswärtigen Mächten eingegangenen Verträge, die von dem Vorfahren als Landesherrn gemachten Geschenke, die von demselben ertheilten Privilegien, die mit den Staatsdienern eingegangenen Dienstverträge u. s. w. Dagegen hat der Nachfolger nicht anzuerkennen diejenigen Handlungen seines Vorfahren, welche gegen die Staatsgesetze oder gegen die Staatswohlfahrt laufen, ebenso blos persönlich oder widerruflich eingegangene Verpflichtungen desselben (S. 213—223).

Dieß die Ansicht eines Schriftstellers und hohen Staatsbeamten, von dem man nicht sagen kann, daß er den Rechten der Fürsten etwas vergeben habe, und der andererseits durch die ausgedehnteste Vertheidigung der Lehenssuccession als einer Singularsuccession genugsam dafür bekannt ist, daß er auch die agnatischen Rechte zu schätzen wisse.

Die obige Ansicht folgt auch nicht nur ganz consequent aus der moralischen Persönlichkeit des Staats und der Eigenschaft des Regenten als Staatsoberhaupt, sondern es spricht auch dafür das frühere Reichsherkommen [2]). War jene Ansicht aber schon begründet zur Zeit des deutschen Reichs, so muß sie noch mehr jetzt für die einzig richtige gehalten werden, nachdem mit Auflösung des Reichs nicht blos der Lehensnexus mit demselben, unter dessen Vorwand in früheren Zeiten eine andere Meinung geltend gemacht worden, verschwunden, sondern auch die gesammte königliche Gewalt unter

1) v. Kamptz, a. a. O., S. 211.
2) v. Zwierlein, Nebenstunden, Th. I, S. 79. — Strube, Rechtl. Bedenken, Bd. I. Nr. 1. — v. Kamptz, a. a. O., §. 61.

Digitized by Google

dem Titel „Souverainetät" auf die noch übrigen deutschen Fürsten übergegangen ist. Es stimmen auch alle neueren Schriftsteller dem Wesen nach damit überein [1]), und nur in Hinsicht auf die Regierungshandlungen eines unrechtmäßigen Zwischenherrschers, nach Wiedereinsetzung des legitimen Regenten, finden abweichende Meinungen statt, wiewohl auch die Gültigkeit solcher Handlungen von Manchen (Zachariä, Behr, Pfeiffer, Rießer) in so weit in Schutz genommen wird, als dadurch bereits Rechte Dritter begründet sind.

Wendet man nun obige Ansicht an auf das in Frage stehende Grundgesetz des Königreichs Hannover, so wird man wohl zugestehen müssen, daß dieses, wie es auf rechtmäßige Weise zu Stande gekommen (§. 3—5), auch einer Anfechtung im Allgemeinen nicht unterliege. Wenn irgend eine Handlung dem Subjecte der Staatsgewalt als solchem zukommt, so ist es die Errichtung eines Staatsgrundgesetzes, sei es in der Eigenschaft eines octroirten oder eines verabschiedeten Gesetzes. Daher werden die mit den Landständen errichteten oder von solchen genehmigten Verträge und Vergleiche von den Schriftstellern (v. Zwierlein, v. Kamptz) vorzugsweise zu denjenigen Handlungen gerechnet, welche der Nachfolger anzuerkennen habe. Daher findet sich insbesondere auch in den Privilegien der alten lüneburgischen Stände ausgesprochen, daß jeder Nachfolger die ertheilten Zusagen zu halten und daß das Land keinem neuen Herrn zu huldigen habe, bis solcher dieses eidlich versprochen [2]). Stand aber die Handlung als eine Regentenhandlung dem Vorfahren zu, so ergiebt sich daraus von selbst, daß eine vom Nachfolger ertheilte Bestätigung höchstens nur nützlich, nicht aber nothwendig ist [3]).

Gewiß wäre auch jedes Gemeinwesen zu bedauern, wo solche

---

1) Namentlich W. J. Behr, Staatswissenschaftliche Erörterungen. Bamberg und Leipzig 1818, Nr. 1. — Klüber, Oeffentl. Recht des deutschen Bundes, §. 252. — Schmalz, Das deutsche Staatsrecht, §. 289. — Mauerndbrecher, Grundzüge des heutigen deutschen Staatsrechts.

2) Z. B. die Urkunden von 1367, 1388, 1392, bei Jacobi, Lüneb. Landtagsabschiede, 1. Th., S. 6, 16, 22.

3) Schnaubert, a. a. O., §. 128. — v. Kamptz, a. a. O., §. 90.

Digitized by Google

Grundsätze nicht anerkannt, und daher die Staatseinrichtungen und selbst die Regierungsform immer wieder in Frage gestellt würden. Am allermeisten aber würde das Ansehen der Regierungen darunter leiden, wenn jeder Regent, was er von Regierungswegen unternimmt, nur mit der Besorgniß ausführen könnte, es möchte von seinem Nachfolger für ungültig erklärt, oder wenn, um diesem vorzubeugen, zuvor die Gesammtfamilie um ihren Consens müßte gefragt werden. Letzteres würde die Monarchie geradezu in eine Oligarchie verwandeln. Daher haben denn auch regierende Fürsten im Sinne der Gerechtigkeit und des conservativen Princips sich ganz besonders warm gegen diese Widerruflichkeit erklärt; unter Anderen der rechtliebende Kaiser Franz II. in dem schon erwähnten Handschreiben an gesammte Kurfürsten vom Jahr 1796.

„Man überläßt hiebei einem Jeden (heißt es hier) die weit aussehenden Folgen zu berechnen, welche nothwendig in ganz Deutschland entstehen würden, wenn je die Meinung herrschend werden sollte, daß der Nachfolger in der Regierung an die Handlungen seiner Vorfahren, die sie in der Eigenschaft als regierende Fürsten vorgenommen haben, der Regel nach nicht gebunden sei“ [1]).

Auf ähnliche Weise äußerten sich auch schon im Jahr 1740 die Höfe von Wien und Berlin für die Verbindlichkeit des Nachfolgers [2]). Ebenso der Vorfahr Sr. Majestät König Georg's I. von England und Kurfürst von Braunschweig-Lüneburg im Jahr 1718, aus Anlaß der Verhandlungen zwischen dem Herzog Karl Leopold von Mecklenburg-Schwerin und den mecklenburgischen Ständen wegen der von Jenem behaupteten Unverbindlichkeit der von seinem Vorfahren mit diesen eingegangenen Verträge, in deren Folge sofort der Herzog von dem Reichshofrathe zur Ruhe verwiesen wurde:

---

1) Häberlin, Staatsarchiv, Bd. III, S. 27. — Vgl. Sententia de bonis clericorum decedentium de ao. 1173 (Pertz, Legum tom. II, p. 143): „antecessorum nostrorum divorum augustorum facta et orthodoxorum patrum statuta dignum duximus venerari.“

2) König, Selecta juris publici novissimi, Tom V, 299 seq.

Digitized by Google

„Wir wollen — Euer Liebden — zu erwägen anheimgeben (sagte der König und Kurfürst), ob es möglich, daß ein unpräoccupirtes, Recht liebendes und christlich gesinntes Gemüthe deme Beifall geben und es für wohl gethan achten könne, daß ein Reichs-Stand seiner Vorfahren Hand und Sigel und resp. durch Kayserliche Confirmationes bestättigte pacta, Recesse und Abschiede auf einmal umstoßen und sich deren Verbindlichkeit eigenmächtig entreißen, sie für null und unkräftig erklären, und, um sich davon vermeintlich loszumachen, die Reichsconstitutiones zum Behelf nehmen und allegiren wolle“ [1]).

Auch unter den Garanten der altwürttembergischen Verfassung nahmen die Könige von England und Kurfürsten von Braunschweig-Lüneburg eine wichtige Stelle ein, und es ist nächst den Bemühungen des Königs Friedrich von Preußen vorzugsweise dem Einflusse Sr. Majestät des Königs Georg III., Vaters des jetzt regierenden Königs Ernst August, zuzuschreiben, wenn jene Verfassung durch den Erbvergleich von 1770 wieder hergestellt wurde [2]).

Endlich ist die Entscheidung, welche in der Streitsache Sr. Durchlaucht des Herzogs Karl von Braunschweig mit den dortigen Ständen von der hohen deutschen Bundesversammlung gefällt wurde, ein unverwerfliches Zeugniß dafür, daß die hohen Regierungen Deutschlands wohlerworbene Rechte der Unterthanen gegen Eingriffe zu schützen nicht abgeneigt sind. Vermöge Bundesbeschlusses vom 4. Nov. 1830 wurde nämlich Sr. Durchlaucht eröffnet, daß nach Art. 54 und 56 der wiener Schlußacte die in anerkannter Wirksamkeit bestehende erneuerte Landschaftsordnung von 1820 von Höchstdemselben nicht anders als auf verfassungsmäßigem Wege abgeändert werden könne [3]).

Zwar handelte es sich hier nicht von dem Acte eines eigentlichen Regierungsvorfahren, sondern eines Regierungsvormundes,

---

1) J. J. Moser, Von der Reichsstände Landen, S. 1093.

2) S. das Schreiben d. d. St. James 21. Aug. 1764, in Faber's neuer europ. Staatskanzlei, S. 67—79.

3) Klüber, Quellensammlung zu dem öffentlichen Recht des deutschen Bundes, 1ste Forts., Erlangen 1833, S. 16.

Digitized by Google

welcher während der Reichsverweſung auf geſetzliche Weiſe Verfaſſungsänderungen vorgenommen hatte, die ſein nachher zur Selbſtregierung gelangter Mündel nicht anerkennen wollte [1]). Allein wenn ſelbſt in dieſem Falle die Aenderungen aufrecht erhalten wurden, ſo kann man noch weniger bezweifeln, daß das Grundgeſetz Hannovers, welches von dem vorigen Monarchen kraft eigenen Rechts gegeben worden, von dem Nachfolger nicht einſeitig zurückgenommen werden dürfe, ſofern nur daſſelbe auf formell gültige und dadurch für den Stifter des Grundgeſetzes ſelbſt verbindliche Weiſe zu Stande gekommen.

### §. 3. Iſt das Staatsgrundgeſetz vom 26. Sept. 1833 gültig?

Gründe der Patente vom 5. Juli und 1. Nov. 1837 wider die Gültigkeit.

Das „Grundgeſetz für das Königreich Hannover" iſt zu Stande gekommen nach vorheriger Vernehmung der Wünſche und Anträge einer allgemeinen Ständeverſammlung, welche, was die Deputirten des Bürger- und Bauerſtandes betrifft, in Gemäßheit derſelben Wahlverordnungen [1]) zuſammengeſetzt ward, nach welchen Seine jetzt regierende Majeſtät in Folge der Aufhebung jenes Grundgeſetzes eine neue conſtituirende Verſammlung einzurufen für gut gefunden haben. Die meiſten Anträge der Stände waren von der damaligen hohen Regierung genehmigt und nur in wenigen Punkten, wie das Publications-Patent vom 26. Sept. 1833 ſich ausdrückt, „zur Sicherſtellung der landesherrlichen Rechte und zum Beſten der getreuen Unterthanen," abweichende Beſtimmungen nöthig gefunden worden.

Am 26. Sept. 1833 erhielt das Geſetz zu Windſor-Caſtle die Genehmigung Seiner Majeſtät des verewigten Königs Wilhelm IV.,

---

1) (Graf Münſter) Widerlegung der ehrenrührigen Beſchuldigungen, welche Sich Sr. Durchlaucht der regierende Herr Herzog von Braunſchweig gegen Ihren erhabenen Vormund ſich erlaubt haben. Hannover, 1827. — Zöpfl, Die Regierungsvormundſchaft im Verhältniſſe zur Landesverfaſſung 1830. — J. Weiske, Abhandl. aus dem Gebiete des deutſchen Rechts. Lpzg. 1836, Nr. 8.

2) Vom 2. und 22. Febr. 1832.

Digitized by Google

und es ward sofort dasselbe durch die Gesetzsammlung des Königreichs Hannover *) bekannt gemacht. In Gemäßheit eben dieses Grundgesetzes ist die Ständeversammlung ohne Widerspruch von irgend einer Seite fünfmal versammelt gewesen und eben so oft ward der Staatshaushalt nach demselben festgestellt. Die Steuern werden noch im gegenwärtigen Augenblicke nach Maßgabe des verabschiedeten Budgets erhoben, und eine Reihe der wichtigsten Gesetze, welche mit Einwilligung der grundgesetzlichen Stände erlassen worden waren, bestehen in voller Wirksamkeit und sind selbst durch das Patent vom 1. November 1837 als gültig und bestehend anerkannt.

Es kann also wohl nicht bezweifelt werden, daß das Staatsgrundgesetz und die in demselben begründete Verfassung bis zum Regierungs-Antritte Seiner Majestät des Königs Ernst August in anerkannter Wirksamkeit bestanden haben und theilweise noch jetzt bestehen. Demungeachtet glaubten Seine Majestät Gründe zu finden, aus welchen das besagte Staatsgrundgesetz nicht zu Recht bestehen könne. Diese Gründe sind zwar in dem Patente vom 5. Juli 1837 nicht näher bezeichnet, vielmehr beschränkte sich dieses auf die Erklärung, daß Seine Majestät in dem weder in formeller noch materieller Hinsicht für Sie bindenden Staatsgrundgesetze eine hinreichende Gewähr für das dauernde Glück Ihrer getreuen Unterthanen, deren Wohl nach den von der göttlichen Vorsehung Ihnen auferlegten Pflichten möglichst zu fördern, Ihr unabläßiges Bestreben sein werde, nicht finden können.

Weitere Gründe werden jedoch in dem Patente vom 1. Nov. namhaft gemacht. Hier wird hervorgehoben: Das Staatsgrundgesetz vom 26. Sept. 1833 können Seine Majestät als ein Hochdieselben verbindendes Gesetz nicht betrachten, da es auf eine völlig ungültige Weise errichtet worden. Die allgemeine, durch das Patent vom 7. Dec. 1819 entstandene, Ständeversammlung habe, als sie in ihrem Schreiben an das königliche Cabinets-Ministerium vom 30. April 1831 die Errichtung eines Staatsgrundgesetzes beantragt, den Grundsatz ausgesprochen, daß ein solches hochwichtiges Werk nur durch einhelliges Zusammenwirken des Königs und der Stände zu Stande gebracht werden könne. Die Regierung habe

*) B. J. 1833, 1. Abth. S. 279.

Digitized by Google

diesen Grundsatz angenommen, und mithin sei nicht von einer dem Lande vom König zu gebenden, sondern von einer vertragsmäßig zwischen dem Regenten und seinen Ständen zu errichtenden Verfassung die Rede gewesen. Allein der Grundsatz der vertragsmäßigen Errichtung sei auf mehrfache Weise verletzt worden. Denn mehrere der von der allgemeinen Ständeversammlung in Beziehung auf das neue Staatsgrundgesetz gemachten Anträge haben nicht die Genehmigung der königlichen Regierung erhalten, sondern es sei dasselbe mit den von dieser für nothwendig oder für nützlich gehaltenen Abänderungen am 26. Sept. 1833 vom Könige verkündigt worden, ohne daß solche zuvor den allgemeinen Ständen mitgetheilt und von ihnen wären genehmigt worden. Offenbar fehle es also an dem einhelligen Zusammenwirken des Regenten und seiner Stände in Hinsicht der in dem Staatsgrundgesetze enthaltenen Bestimmungen, wodurch die bis dahin in anerkannter Wirksamkeit gestandene Verfassung v. J. 1819 aufgehoben werden sollte. Offenbar enthalte diese Errichtungsart des Staatsgrundgesetzes eine wirkliche Verletzung der bestimmten Vorschrift des Art. 56 der wiener Schlußacte v. J. 1820. Allein nicht nur ungültig und folglich für Seine Majestät unverbindlich sei überhaupt das Staatsgrundgesetz, wenn man dessen Entstehung betrachte, sondern es enthalte dasselbe auch mehrere Vorschriften, welche sich als vollkommen ungültig und für Seine Majestät unverbindlich aus dem Grunde darstellen, weil sie Ihre agnatischen Rechte tief kränken und selbst Ihre Regierungsrechte wesentlich verletzen. Der dem Staatsgrundgesetze anklebende Fehler der Ungültigkeit sei aber durch eine von Seiner Majestät erfolgte Anerkennung nicht gehoben worden; denn Sie haben Ihren Widerspruch gegen das Staatsgrundgesetz offen zu erkennen gegeben und Ihre Unterschrift zu wiederholten Malen verweigert.

### §. 3. Einwendungen wider die formelle Verbindlichkeit des Staatsgrundgesetzes.

#### A. Mangelhafte ständische Einwilligung.

Sondern wir diese Gründe gegenseitig von einander ab, so zeigt sich in der That, daß mehrere derselben gegen die formelle, andere gegen die materielle Verbindlichkeit des Staatsgrundgesetzes gerich-

Digitized by Google

tet sind. Zu den ersteren dürften namentlich folgende Einwendungen gerechnet werden:

a) daß das Grundgesetz gegen die erklärte Absicht von Regierung und Ständen nicht vertragsmäßig zu Stande gekommen;

b) daß die bis dahin in anerkannter Wirksamkeit gestandene Verfassung von 1819 unter Verletzung des Art. 56 der wiener Schlußacte aufgehoben worden.

Beide Gründe hängen genau mit einander zusammen; denn eine Verletzung des Art. 56 der wiener Schlußacte wird in dem Patente vom 1. Nov. eben darauf gestützt, daß die neue Verfassung nicht vertragsmäßig zu Stande gekommen. Gleichwohl können sie auch getrennt betrachtet werden, indem auch abgesehen von der Bestimmung der Schlußacte das Staatsgrundgesetz in dem Falle als unverbindlich erscheinen müßte, wenn es an den formellen Bedingungen eines solchen Gesetzes fehlte, so daß alsdann die Verletzung der Schlußacte nur als ein accessorischer Nichtigkeitsgrund sich geltend machen würde. Der erstere Grund wäre hienach ein staatsrechtlicher, der zweite ein bundesrechtlicher. Indessen vermögen wir keinen derselben anzuerkennen.

Was den ersten Grund betrifft, so ist allerdings zuzugeben, daß in dem Schreiben vom 30. April 1831, worin die Stände auf Bearbeitung des Staatsgrundgesetzes antrugen, die Hoffnung auf einhelliges Zusammenwirken Seiner Majestät des Königs und der getreuen Stände ausgedrückt wurde. Allein als Bedingung des Zustandekommens ward jene Einhelligkeit von den Ständen nicht gestellt, noch ist eine solche Bedingung von der königlichen Regierung zugegeben worden; vielmehr hatten Sich des verewigten Königs Majestät in der Erwiederung vom 16. Juni 1831 die endliche Entschließung auf den von den beiderseitigen Commissarien zu bearbeitenden Entwurf ausdrücklich vorbehalten. Eben so wenig verstand sich jene Bedingung von selbst; denn es ist keineswegs staatsrechtlicher Grundsatz in Deutschland, daß zur Begründung einer neuen Landesverfassung stets die Einwilligung der Stände nothwendig sei. Sehr viele, ja die meisten neueren Verfassungsgesetze sind geradezu von den Regierungen erlassen worden, so namentlich die nassauische Verfassung v. J. 1814, die Verfassungsurkunden Baierns und Badens v. J. 1818, die Edicte des Königs von

Digitized by Google

Preußen über Einführung der Provinzialstände von den Jahren 1823 und 1824. Niemand zweifelt an der Gültigkeit dieser Gesetze aus dem Grunde, weil dieselben nicht auf einem Vertrage beruhen; und in der That ist auch kein Grund dazu vorhanden: denn das Recht zur Ertheilung von Privilegien ist ein in der Souverainetät begriffenes Recht, und nur insofern beschränkt, als nicht wohlerworbene Rechte dadurch verletzt werden dürfen. Selbst die hannöversche Verfassung vom Jahr 1819, zu welcher jetzt wieder zurückgekehrt werden soll, ist eine octroirte, keine pactirte Verfassung; denn das Patent vom 7. Dec. 1819 ist rein in der Form eines Gesetzes, und ohne daß eine vollständige Vereinbarung zwischen der Regierung und den Ständen Statt gefunden hätte, erlassen worden. In vielen wesentlichen Beziehungen war dieses Patent vielmehr den ausgesprochenen Wünschen der allgemeinen Ständeversammlung entgegen, welche zu dem Verfassungsentwurfe und zu dem Reglement für die Stände in Allem 66 abweichende Anträge an die Regierung gestellt hatten, von welchen 16 verworfen wurden *). Namentlich hielten die Stände den Zweck einer wohlgeordneten ständischen Repräsentation und wahren Volksvertretung in dem eingeführten Zweikammersysteme nicht gesichert, und eben so wenig waren sie mit der Einführung der Majoratherrn und der Präsidenten des Obersteuer- und Schatz-Collegiums und der sieben von den Provinzial-Landschaften zu wählenden Schatzräthe einverstanden. Demungeachtet haben Seine Majestät der König Ernst August, damals Herzog von Cumberland, niemals Einwendungen gegen das Patent vom Jahr 1819 erhoben, vielmehr solches wiederhergestellt, und zwar aus dem Grunde, weil das Grundgesetz vom Jahr 1833 nicht den vollen Consens der Stände für sich gehabt habe, während, wenn anders eine solche Einwendung jetzt überhaupt noch am Platze sein sollte, dieselbe weit eher der Verfassung v. J. 1819, als derjenigen v. J. 1833 opponirt werden könnte, welche letztere in allen wesentlichen Stücken, namentlich hinsichtlich der ständischen Organisation den Anträgen und Wünschen der constituirenden Versammlung gemäß war.

*) S. Gedruckte Denkschrift über die Gültigkeit des Staatsgrundgesetzes. Beil. zur Eingabe an den Bund, Nr. 5. S. 43.

Digitized by Google

Nur 18 Anträge der letztern blieben unberücksichtigt, von welchen aber die Regierung behauptete, daß eine Abänderung derselben zur Sicherstellung der landesherrlichen Rechte und zum Besten der getreuen Unterthanen nothwendig gewesen [1]). Inwiefern, was indirect zugleich von oben geltend gemacht wurde, eine Zustimmung der Stände zu den betreffenden Dissens-Punkten nicht erforderlich und daher die Regierung in 17 §§. Abänderungen für sich vornehmen konnte [2]), bedarf hier zunächst keiner weiteren Untersuchung. Doch können wir nicht unbemerkt lassen, daß einige jener Aenderungen bloße Redactionsverbesserungen (G.-G. §. 10, 21), andere mehr oder minder erhebliche Zusätze enthalten, welche aber den bis dahin bestandenen, oder später von den Ständen ausdrücklich zugestandenen Gesetzen und Regierungsbefugnissen vollkommen gemäß waren (§. 31, 34, 40, 53, 124, 129). Selbst der Zusatz im §. 23 des jetzigen Grundgesetzes, daß der Regent auch im Grundsysteme der allgemeinen Ständeversammlung eine Abänderung überall nicht vornehmen dürfe, desgleichen der Zusatz im §. 163, wonach auch der Beamte, welcher grobes öffentliches Aergerniß gibt, entlassen werden darf, können wohl nur als den ständischen Wünschen entsprechend betrachtet werden. Ebenso unverfänglich sind die wenigen Auslassungen im redigirten Gesetze, z. B. Cap. II, §. 7, des ständischen Entwurfs, da die dort vorbehaltene Vergütung von Seiner Majestät auf das Schatullgut übernommen worden, und Cap. VII, §. 28, des Entwurfs (G.-G. §. 149), da der von der Ständeversammlung in Antrag gebrachte Zusatz, wonach den von den Ständen zur Prüfung der Rechnungen der Generalcasse auf Lebenszeit zu ernennenden Commissarien die Erhaltung einer fortlaufenden Uebersicht über den Gang des Staatshaushaltes mit aufgetragen werden solle, durch das Publicationspatent v. 26. Septbr. 1833, Nr. 12, und das Gesetz v. 30.

1) Publications-Patent v. 26. Sept. 1833, in der hanndverschen Gesetzsammlung v. J. 1833, 1. Abth. S. 279.

2) Publ.-Patent a. a. O. Nr. 1—14, und die Collation in der Eingabe an die Bundesversammlung. S. 76 — 80.



Digitized by Google

Juli 1834, §. 10, seine Erledigung erhalten hat *). Die Anträge der Stände im §. 18, Cap. II (G.-G. §. 22), §. 3, Cap. III (G.-G. §. 29), §. 43, Cap. VI (G.-G. §. 114), konnte die Regierung als bloße Petitionen unzweifelhaft zurückweisen. Der §. 13, Cap. VI (G.-G. §. 83) aber ist von der Regierung in separato zugestanden worden.

Ein Zweifel darüber, ob die Regierung bei jenen Aenderungen in ihrem Rechte sei, könnte nur allenfalls entstehen hinsichtlich der §§. 34 und 37 des Grundgesetzes, wo eines Theils dem Könige das Recht definitiv eingeräumt wird, auf den Bericht des Gesammt-Ministeriums die Competenz auf eine andere ordentliche Gerichtsbehörde zu übertragen, ein Recht, welches die Stände nur provisorisch bis zur Erlassung der betreffenden Gesetze einräumen wollten, andern Theils die Wiederaufhebung von Verfügungen der Verwaltungsbehörden durch gerichtlichen Spruch nur alsdann zugelassen wird, wenn auf verfassungsmäßigem Wege entschieden sei, daß die in Frage befangene Angelegenheit zur Competenz der Verwaltungsbehörde nicht erwachsen gewesen, während nach dem ständischen Entwurfe eine gegen Verfügungen der Ver-

*) Man traut seinen Augen nicht, wenn man in den neuesten Cabinetsschriften die Behauptung, daß hinsichtlich wesentlicher Bestandtheile der früheren Verfassung, die nur auf dem Wege des Vertrags zwischen Herrn und Ständen haben festgesetzt werden können, die erforderliche Uebereinkunft in dem Staatsgrundgesetze ermangelt habe, damit begründet wird, daß die verfassungsmäßige, auf früherem Vertrage beruhende Mitwirkung der Landstände bei der Finanzverwaltung unter Nichtachtung der ständischen Anträge durch den §. 149 des Grundgesetzes einseitig von der Regierung geregelt und die bisherige intensive Kraft der Stände gegen ihren Willen bedeutenden Eintrag erlitten habe. Also ein wohl erworbenes Recht der Stände wäre in der obigen Omission verletzt worden, und der Zweck von Sr. Majestät Maßregeln wäre die Herstellung der „intensiven" Kraft der Stände! Hatten denn die Stände vor 1833, abgesehen von der durch das Schatzcollegium verwalteten Steuercasse, eine Mitwirkung bei der Finanzverwaltung? Und ist die Erhaltung einer fortlaufenden Uebersicht über den Gang des Staatshaushaltes wesentlicher Bestandtheil irgend einer Verfassung, namentlich der von Sr. Majestät proponirten? Ist nicht eine solche Uebersicht überhaupt erst durch das Grundgesetz geschaffen und von Sr. Majestät wieder vernichtet worden?

Digitized by Google

waltungsbehörden gerichtete Klage von den Gerichten schon alsdann sollte angenommen werden dürfen, wenn der Kläger erweislich bei der vorgesetzten höheren oder höchsten Verwaltungsbehörde bereits Hülfe gesucht und solche innerhalb eines angemessenen Zeitraums nicht gefunden habe.

Müssen wir indessen dahin gestellt sein lassen, ob diese Bestimmungen als neue, dem bestehenden Rechte in Hannover zuwiderlaufende, und daher einer ständischen Verabschiedung bedürfende Gesetze dürfen bezeichnet werden: jedenfalls kann aus der Aufnahme derselben in das Staatsgrundgesetz eine Nichtigkeit des letztern im Ganzen nicht gefolgert werden, da in Hinsicht auf alle wesentlichen Bestandtheile der neuen Verfassung, namentlich in Hinsicht auf die ständische Organisation, volle Uebereinstimmung Statt gefunden hat, und da eine fehlerhafte Verfügung in Hinsicht auf den außerwesentlichen Inhalt eines Geschäfts, namentlich die mangelnde Uebereinstimmung der Paciscenten in Hinsicht auf einen solchen Inhalt, der Verbindlichkeit des Hauptgeschäfts nichts schadet, nach dem bei Auslegung von Rechtsgeschäften überall geltenden Grundsatze: utile per inutile non vitiatur *).

Gesetzt aber auch ein vollständiger Consens der Regierung und der Stände habe in Hinsicht auf den Inhalt des Staatsgrundgesetzes nicht Statt gefunden, so wäre es doch nicht Seine Majestät, welche eine Einrede daraus, als aus dem Rechte eines Dritten, zu formiren hätten; denn nicht ein Recht Sr. Majestät, sondern ein Recht der Stände wäre durch Umgehung des ständischen Consenses verletzt. Zwar wird behauptet, daß der König berufen sei, in der fraglichen, wie in jeder anderen Beziehung das Recht seiner Unterthanen zu erhalten; allein abgesehen davon, daß der Art. 57 der wiener Schlußacte, worauf sich dießfalls berufen wird, gar keine Beziehung hieher leidet, da nicht die Sicherung der Rechte der Stände, sondern die des Monarchen Zweck desselben ist, abgesehen ferner davon, daß, hätten Rechte der Stände Eintrag erlitten durch Versagung einzelner ihrer Wünsche, dieselben am besten gewahrt worden wären durch deren nachträgliche Erfüllung, nicht aber durch Vernichtung des ganzen i. J. 1833 gewonnenen Rechtszustandes: so kann man doch gewiß

*) D. XXII. 1. Fr. 20. 26. 29. — XLV. 1. Fr. 1. §. 5. — C. VIII. 54. c. 36. §. 3. — Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts, §. 113.



Digitized by Google

selbst von dem gewissenhaftesten Monarchen im Verhältniß zu den Ständen nicht mehr verlangen, als daß er denselben Gelegenheit gebe, ihre Rechte geltend zu machen, nicht aber sie ihnen aufdringe. Nun hat aber weder die grundgesetzliche, noch die von Seiner Majestät mit Berufung auf das Patent v. J. 1819 eingerufene Ständeversammlung die Ungültigkeit des Grundgesetzes wegen angeblich mangelnden Consenses behauptet; vielmehr ist dieser Mangel, wenn er je nach dem Angeführten rechtlich in Betracht kommen könnte, durch nachträgliche Genehmigung gehoben worden; denn nicht nur haben die Stände seit Erlassung des Grundgesetzes nicht demselben widersprochen, sondern auch in der Adresse vom 17. Dec. 1833 ausdrücklich erklärt:

„Sind auch nicht alle von den Vertretern des Landes ausgesprochenen Wünsche erfüllt, das Land und die getreuen Stände schätzen darum diejenigen Wohlthaten nicht minder, welche sie allein der ruhmwürdigen Festigkeit verdanken, mit der Ew. Königl. Majestät das gegebene Wort gelöset. Unerschütterlich bauend auf Ew. Königl. Majestät Entschluß, die ertheilten Zusagen offen und redlich zu erfüllen, nehmen auch die getreuen Stände dieses Staatsgrundgesetz, wie solches von Ew. Königl. Majestät publicirt worden, an als Grundlage des Staats, und werden nichts versäumen, was demselben Bestand sichern kann."

Die Verbindlichkeit dieser Erklärung kann keineswegs etwa aus dem Grunde bestritten werden, weil nicht die constituirende Versammlung v. J. 1832, sondern die constituirte Versammlung v. J. 1833 dieselbe abgegeben habe; denn in Hinsicht auf die Organisation der allgemeinen Ständeversammlung waren Regierung und Stände durchaus einverstanden; die Versammlung von 1833 konnte sich also von Rechtswegen als Nachfolgerin der constituirenden Stände in der Landes-Repräsentation betrachten und einen mangelhaften Consens derselben, wenn je ein solcher vorhanden, mit Wirkung ergänzen; denn nicht auf die physischen Personen, welche die moralische Person der Ständeversammlung darstellten, kam es hierbei an, sondern darauf, daß solche dem Gesetze gemäß gerufen und zusammengesetzt ward. Jedenfalls würde der gedachte Einwand für die Maßregeln Sr. Majestät des jetzigen Königs wider das Staatsgrundgesetz zu viel beweisen, indem diejenigen Stände, welche Höchstdieselben zur

Digitized by Google

Berathung einer neuen Verfassung einzurufen geruht haben, weder nach Maßgabe des Patents v. J. 1819, noch in Gemäßheit des Staatsgrundgesetzes vom Jahr 1833 gebildet *), und gerade dieselben Bestimmungen des Staatsgrundgesetzes, welche nach dem Obigen allein einen formellen Anstand bilden könnten, in den neuen Entwurf einer Verfassungsurkunde (§§. 24 u. 32) von der gegenwärtigen Regierung wieder aufgenommen, also ohne Zweifel gleichfalls für zweckmäßig erkannt worden sind.

### B. Der Art. 56 der wiener Schlußacte.

Die Schlußacte der wiener Ministerialconferenz v. J. 1820 bestimmt Art. 56:

„die in anerkannter Wirksamkeit bestehenden landständischen Verfassungen können nur auf verfassungsmäßigem Wege wieder abgeändert werden."

Eine Verletzung dieses Artikels wird der früheren Regierung Hannovers darum Schuld gegeben, weil solche das Patent v. J. 1819 nicht auf vertragsmäßigem Wege aufgehoben, oder, um mit dem Patente vom 1. Nov. zu reden, weil sie das Staatsgrundgesetz mit den von ihr für nothwendig oder nützlich gehaltenen Abänderungen am 26. Sept. 1833 verkündigt habe, ohne daß letztere zuvor den allgemeinen Ständen mitgetheilt und von ihnen wären genehmigt worden.

Wider diese Beschuldigung wird jedoch Se. Majestät der höchstselige König, dessen bundesfreundliche Gesinnungen ohne Zweifel ebenso sehr wie sein erprobter Rechtssinn noch in allgemeinem dankbaren Andenken bei seinen früheren deutschen Unterthanen stehen, leicht zu vertheidigen sein. Vor Allem könnte es zweifelhaft sein, ob vertragsmäßiger oder verfassungsmäßiger Weg mit dem Patente vom 1. Nov. geradezu synonym dürfen genommen werden, da in dem Art. 56 der wiener Schlußacte keineswegs gesagt ist, daß der verfassungsmäßige Weg nur der vertragsmäßige sei. Sodann aber scheint die Berufung Seiner jetzt regierenden Majestät auf das Bundesrecht um so weniger gerechtfertigt zu sein, nachdem

*) Vrgl. Actenstücke der sechsten allgemeinen Ständeversammlung des Königreichs Hannover, 1. Diät., Heft 1, Nr. 2 u. 3.

Digitized by Google

Höchstdieselben Selbst ein Verfahren eingeschlagen haben, welches, gesetzt auch die Einwendungen wider das Staatsgrundgesetz wären noch so sehr begründet, den Anforderungen des Art. 56 der Schlußacte keineswegs entsprechen dürfte, indem Se. Majestät nicht nur dieses in anerkannter Wirksamkeit befindliche Grundgesetz geradezu einseitig aufgehoben, sondern auch die vorangegangene Verfassung v. J. 1819, welche dem gemäß um so gewisser wieder hätte vollkommen hergestellt werden sollen, bei Seite gesetzt haben durch Anordnung einer allgemeinen Ständeversammlung, von welcher die Mitglieder des Schatzcollegiums mit ihrem alten, in dem Patente vom Jahr 1819 anerkannten Landstandschaftsrechte zum Voraus ausgeschlossen wurden.

Zur Sache selbst übergehend müssen wir daran erinnern, daß, wie oben bereits gezeigt worden, die Einwilligung der Stände in die neue Grundverfassung des Königreichs in der That vorhanden war, und daß nur in einzelnen hiemit zufällig in Verbindung gesetzten Bestimmungen jener Consens anfangs fehlte, hintennach aber durch ausdrückliche und stillschweigende Ratihabition der neuen allgemeinen Ständeversammlung supplirt wurde. Insbesondere ist darauf aufmerksam zu machen, daß jene Einwilligung bei keiner einzigen Aenderung des Patents v. J. 1819 abging, und daß also der Art. 56 der Schlußacte, auch wenn hierin die Vertragsform bei abändernden Verfassungsbestimmungen durchaus gefordert sein sollte, in dem Staatsgrundgesetze vollständig gewahrt erscheint.

Wenn wir übrigens unter verfassungsmäßigem Wege im Sinne des Art. 56 der wiener Schlußacte überhaupt denjenigen Weg zu begreifen haben, welchen die bisher bestehende Landesverfassung vorzeichnet *), so könnte selbst noch der Zweifel entstehen, ob diese Ratihabition in Gemäßheit des Patents v. J. 1819 zur Gültigkeit der neuen Landesverfassung nothwendig war. Da nämlich hierin (§. 6) der allgemeinen Ständeversammlung außer dem Rechte der Steuerverwilligung nur „das Recht auf Zurathziehung bei neu zu erlassenden allgemeinen Landesgesetzen" und das Recht, über die zu ihrer Berathung gehörigen Gegenstände Vorstellungen zu machen, eingeräumt ist, und da auch in der Periode von 1819 bis 1832 der Regierung bei Ausführung des Patents und selbst bei der landstän-

*) Mauernbrecher, Deutsches Staatsrecht, §. 51.

Digitized by Google

dischen Organisation, wie z. B. hinsichtlich der Ausdehnung der Repräsentation des Bauerstandes factisch freie Hand gelassen worden: so könnte es scheinen, als ob die Regierung überall an die ständische Einwilligung zu den einzelnen Bestimmungen des Staatsgrundgesetzes, so wie anderer Gesetze rechtlich nicht gebunden gewesen, und jedenfalls der in dem Publicationspatente vom 26. September 1833 aufgestellte Unterschied zwischen solchen Punkten, welche der Zustimmung der Stände bedürfen und andern, wobei diese nicht bedürftig, juristisch begründet sei? Allein abgesehen von dem Zweifel, ob unter dem Rechte auf „Zurathziehung" blos die Befugniß zu einer unverbindlichen Consultation und nicht vielmehr das uralte ständische Recht der Zustimmung zu den von dem Landesherrn mitgetheilten Gesetzesvorschlägen verstanden sei, möchte doch jenes beschränkte Recht des Beiraths keinen Falls zu beziehen sein auf Abänderung einer in anerkannter Wirksamkeit bestehenden landständischen Verfassung, wovon im Art. 56 der Schlußacte die Rede ist, und wozu schon nach den Grundsätzen des alten Reichsstaatsrechts die vorgängige Einwilligung der Landstände stets erforderlich war *).

Neue Privilegien konnten dagegen den Ständen auch nach dem Art. 56 der Schlußacte ohne ihre besondere Einwilligung von dem Könige verliehen werden; und ebenso blieb eine weitere Ausführung der verabschiedeten Verfassung und die Redaction derselben der Gesetzgebung überlassen.

Da nun, wie gesagt, an dem Inhalte des Patents v. J. 1819 durch das Staatsgrundgesetz lediglich nichts geändert ist, ohne daß die förmliche Zustimmung der Stände schon vor dessen Promulgation erfolgt wäre, so sieht man in der That nicht ein, wie der Art. 56 der Schlußacte zur Rechtfertigung einer Maßregel herbeigezogen werden mochte, welche lauter als irgend eine andere diesen Artikel geradezu verletzt, indem sie eine Verfassung zerstörte, welche in bester Form zu Stande gebracht, ihre wohlthätigen Wirkungen täglich mehr bekräftigte, und, was der Prüfstein jeder öffentlichen Verbesserung, bereits im Volke selbst lebendigen Boden gewonnen hatte, der ihr nur mühsam wieder zu entziehen sein dürfte.

---

*) Leist, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. Göttg. 1803. S. 287.

Digitized by Google

### C. Die neuesten Vorgänge in Hannover.

Vielleicht ist es nicht unangemessen, an diesem Orte die Frage zu untersuchen:

in wie fern etwa durch die neuesten Vorgänge in Hannover seit Aufhebung des Staatsgrundgesetzes dieses Gesetz selbst in den Hintergrund getreten und einer anderen gültigen und wirksamen Schöpfung Platz gemacht habe?

Wir würden diese Frage für ziemlich überflüssig gehalten haben, wenn nicht in einem öffentlichen Actenstücke, nämlich in einem Erlasse der königl. Landdrostei zu Osnabrück an den dortigen Magistrat vom 2. Mai 1838 auf allerhöchsten Befehl die Verbreitung von Petitionen um Wiederherstellung des Staatsgrundgesetzes aus dem Grunde als unzulässig verboten worden wäre, „weil von Sr. königl. Majestät die Aufhebung des vormaligen Staatsgrundgesetzes erst nach langer und sorgfältiger Prüfung aller Verhältnisse beschlossen, die durch das Patent vom 7. Dec. 1819 eingeführte landständische Verfassung für die rechtsgültige erklärt, und dies thatsächlich vom Lande durch Erwählung und Absendung der in gehöriger Anzahl erschienenen Deputirten zur gegenwärtigen allgemeinen Ständeversammlung anerkannt worden sei." Hierbei wurde noch als unzweifelhaft erklärt, daß, nachdem die allgemeine Ständeversammlung sich ordnungsmäßig constituirt und vollgültige Beschlüsse gefaßt habe, die durch das Patent vom 7. Dec. 1819 eingeführte landständische Verfassung in voller Wirksamkeit sei, und daß den gegen solche Verfassung gerichteten Petitionen niemals Folge gegeben werden könne.

Hiernach wird von Seite des königlichen Cabinets zu Hannover angenommen, daß das Staatsgrundgesetz v. J. 1833 schon darum nicht mehr angerufen werden könne, weil nicht dieses, sondern wieder das Patent vom 7. Dec. 1819 in voller Wirksamkeit sei. Etwas an dieser Behauptung ist allerdings sogleich zuzugeben: daß das Staatsgrundgesetz gegenwärtig nicht in voller Uebung sei. Allein was ist Schuld an diesem Zustande? Doch gewiß nur die Maßregeln, wodurch Se. Majestät seit Ihrem Regierungsantritte dasselbe einseitig seiner bis dahin anerkannten Wirksamkeit entzogen haben, insbesondere das Patent vom 1. Nov. 1837, wodurch geradezu seine Unverbindlichkeit auf die unumwundenste Weise erklärt ward. Aller-

Digitized by Google

dings kann jeder Staat vermöge der ihm zukommenden Autonomie in Entwicklung seiner öffentlichen Einrichtungen beliebig vor oder rückwärts gehen, und öfters ist ein scheinbarer Rückschritt eben so gewiß ein Fortschritt zum Guten, als umgekehrt ein scheinbares Vorwärtsgehen eine Rückkehr zu demselben Ziele, von welchem man ausgegangen. Auch die hannöversche Regierung hatte unzweifelhaft das Recht, in Uebereinstimmung mit den rechtmäßigen Ständen den Verfassungszustand v. J. 1833 zu verlassen, und selbst zu der allgemein für unvollständig und ungenügend gehaltenen Verfassung v. J. 1819 zurückzukehren, wenn der Wunsch und das Bedürfniß des Staats dies erheischen sollte. Aber sind diese Bedingungen einer Verfassungsänderung in gegenwärtigem Falle erfüllt? Hat sich die Nation in irgend einer Weise für die Aenderung erklärt? Ist eine solche Erklärung insbesondere erfolgt, bevor Se. Majestät den entscheidenden Schritt gethan haben? Oder ist dieselbe etwa nachgefolgt?

Auf alle diese Fragen vermögen wir nur mit Nein! zu antworten; denn das einzige rechtmäßige Gesammtorgan des Volkes, die allgemeine Ständeversammlung, zusammengesetzt und berufen nach den Vorschriften des Grundgesetzes, haben Seine Majestät alsbald nach Ihrer Ankunft in der Residenz vertagt, ohne ihr auch nur ein einziges Gehör, das sie so sehr wünschte, zu gestatten. Dieselbe Versammlung ward endlich mit der Verfassung selbst, worauf sie beruhte, durch das Patent vom 1. Nov. 1837 ganz aufgelöst und somit außer Stand gesetzt, über die ohne ihr Zuthun erfolgten Schritte irgendwie eine Erklärung abzugeben.

Fragen wir nun: wodurch soll die Anerkennung des neuen Zustandes bewirkt worden sein? so antwortet darauf der landdrosteiliche Erlaß vom 2. Mai 1838:

> durch Erwählung und Absendung der in gehöriger Anzahl erschienenen Deputirten zur allgemeinen Ständeversammlung v. J. 1838.

Es ist wahr, eine Novation kann nach den Ansichten mancher Rechtslehrer auch stillschweigend geschehen, und wenn gleich in neuerer Zeit mit Rücksicht auf die const. ult. Cod. de novationibus et delegationibus (VIII, 42) wieder behauptet worden, daß nur die ausdrücklich erklärte Veränderung eines Obligations-Verhältnisses zu-

Digitized by Google

läſſig ſei [1]), ſo glauben doch auch wir annehmen zu müſſen, daß unter Umſtänden der entſchiedene Wille der Intereſſenten, zu noviren, auch aus concludenten Thatſachen könne gefolgert werden, zumal da die angeführte Geſetzesſtelle nur eine durchaus poſitive, auf gewiſſe förmliche Geſchäfte bezügliche Beſtimmung enthält, deren Anwendung auf ſtaatsrechtliche Verhältniſſe mit Grund zu bezweifeln iſt. Sind aber ſolche Thatſachen in Hannover vorgekommen, woraus auf die entſchiedene Abſicht der hannöverſchen Stände, das Patent v. J. 1819 wieder an die Stelle des Staatsgrundgeſetzes treten zu laſſen, könnte geſchloſſen werden?

Die Erwählung und Abſendung von Deputirten zur neuen nach jenem Patente eingerufenen Ständeverſammlung rechtfertigen dieſen Schluß noch nicht; denn einmal haben dieſe Handlungen unter Umſtänden Statt gefunden, bei welchen der animus novandi, d. h. der Wille auf das Staatsgrundgeſetz zu verzichten und ſtatt deſſen das alte Patent ſich wieder gefallen zu laſſen, nicht wohl zu vermuthen iſt [2]), und dann war jene Einrufung ſelbſt nach

1) Hepp, im Archiv für civ. Praxis, Bd. XV, Abh. 11.

2) Wie ſchwer es iſt, bei Anfechtung des Staatsgrundgeſetzes, Boden zu gewinnen, ſieht man aus der von dem königl. Cabinette in der letzten Sitzung der hohen Bundesverſammlung v. J. 1838 übergebenen „Auseinanderſetzung, daß die Verfaſſung v. J. 1819 in anerkannter Wirkſamkeit ſtehe.“ Auch hier wird auf die Wahl zu der neuen Verſammlung das Hauptgewicht gelegt; allein wenn es wahr ſein ſollte, was öffentliche Blätter berichtet haben, daß dieſe Wahl an vielen Orten nur mit Widerſtreben und mit ausdrücklichem Vorbehalte des Grundgeſetzes erfolgt, daß ferner von Seite des Cabinets jene Wahl, ſelbſt unter Drohungen, beziehungsweiſe Verſprechungen, befohlen und die beigefügten Vorbehalte caſſirt worden, ſo müßte es auffallen, wie gleichwohl die ſtattgehabten Wahlen jetzt als eine Anerkennung des Patents mögen ausgelegt werden. Das k. Cabinet gibt zwar nur theilweiſe jene Vorbehalte zu; allein was es hierüber ſagt, bedarf keines Commentars: „Die Städte Hannover, Lüneburg und Burtehude, ſowie die nicht zur Ritterſchaft gehörenden Grundbeſitzer des erſten Wahldiſtricts in der Provinz Lüneburg hatten Anfangs das ihnen zuſtehende Wahlrecht dazu zu mißbrauchen geſucht, bei den Wahlen Vorbehalte hinſichtlich der Aufrechthaltung des beſeitigten Staatsgrundgeſetzes auszuſprechen. Solche Wahlen, die nicht dazu geeignet waren, die Deputirten als auf den Grund der ſtändiſchen Verfaſſung v. J. 1819 legitimirt und dieſer gemäß gewählt darzuſtellen, haben Seine Majeſtät caſſirt.“

einem Gesetze, welches dem Rechte und der That nach nimmer bestand, eine ungesetzliche und darum nichtige Handlung. Konnte hiernach diese Handlung selbst keine rechtlichen Wirkungen äußern, so entbehrte solcher nicht minder die in Folge derselben geschehene Deputirtenwahl, gesetzt auch, diese wäre überall und unbedingt und, wo sie geschehen, nicht sowohl aus Reverenz gegen den königlichen Befehl und aus Rücksicht auf die dringlichen Umstände, als vielmehr aus wirklicher Lust zur Veränderung vorgenommen worden.

Uebrigens steht der von der königlichen Regierung angenommenen Deutung noch Folgendes entgegen:

1) Der Zweck einer Deputirtenwahl ist: mittelst der gewählten Deputirten die Rechte des Volks geltend zu machen, nicht aber unmittelbar durch die Wahl und Absendung eines Vertreters eine bestimmte Meinung auszusprechen. Namentlich liegt Jenes im Geiste des Repräsentativsystems und der königlich hannöverschen Verfassung, welche keine besondere Vertretung und keine besonderen Instructionen der einzelnen Provinzen und Stände in der allgemeinen Ständeversammlung kennt, sondern nur den Ausspruch der versammelten Abgeordneten des ganzen Königreichs in den beiden Kammern als den der Landesrepräsentation gelten läßt [1]). Die Wahl und Absendung einzelner Deputirten von den Gemeinden und Bezirken ist daher für die Frage, von welcher es sich hier handelt, ein völlig bedeutungsloser Act, denn nicht durch diese oder jene Handlung innerhalb einer einzelnen Commune oder eines bestimmten Districts konnte dem Staate Hannover der Anspruch auf das Staatsgrundgesetz vergeben werden, sondern lediglich durch die Thätigkeit der grundgesetzlich versammelten Stände selbst, und zwar mittelst eines auf zwei nach einander folgenden Diäten gefaßten Beschlusses, wobei in jeder Kammer der Ständeversammlung wenigstens drei Viertel der zum regelmäßigen Erscheinen verpflichteten Mitglieder anwesend gewesen und wenigstens zwei Drittel der Anwesenden für die Veränderung gestimmt haben müssen [2]).

2) Die Formen der Versammlung nach dem Staatsgrundgesetze

1) Staatsgrundgesetz, §. 107. — Vrgl. Patent v. 7. Dec. 1819, §. 1. 2. 8. — Eröffnungsrede vom 28. Dec. 1819, bei Pötitz a. a. O., S. 265 und 266.

2) S. den Schluß des Staatsgrundgesetzes.

Digitized by Google

und nach dem Patente von 1819, beziehungsweise den Wahlreglements v. J. 1832 sind zwar vielfach übereinstimmend. Die Wahlen namentlich werden auf dieselbe Weise eingeleitet. Dessenungeachtet war die Ständeversammlnng v. J. 1838 nicht competent, über die Aufhebung oder Abänderung des Staatsgrundgesetzes zu entscheiden; denn abgesehen davon, daß in der Zusammensetzung der beiden Kammern das Staatsgrundgesetz doch einige bedeutende Veränderungen getroffen hat (wie sie denn z. B. die Mitglieder des Schatzcollegiums nicht zuließ), ward jene Versammlung schon darum eine gesetzwidrige, weil sie nicht in Gemäßheit des Grundgesetzes, vielmehr ausdrücklich unter der Voraussetzung berufen wurde, daß dieses Grundgesetz nicht mehr bestehe; weil ferner die Beamten der beiden Kammern nicht wie das gesetzlich verabschiedete Reglement [1]) vom 26. Sept. 1833 vorschreibt, auf das Staatsgrundgesetz eidlich verpflichtet wurden, und weil endlich die berufene Versammlung auch nicht nach der Verfassung v. J. 1819 als Repräsentation des Landes angesehen werden konnte, da einseitig vom Könige, wenn schon annähernd den grundgesetzlichen Bestimmungen, in der früheren ständischen Vertretung Abänderungen vorgenommen worden waren. So war zwar die Berufung der Deputirten vom Bauerstande allerdings der Verordnung vom 22. Febr. 1832 gemäß, allein da die ständische Zustimmung hierzu nur für den im Jahr 1832 berufenen und 1833 aufgelösten Landtag im Voraus ertheilt worden war, so scheint jene Erweiterung der Repräsentation auch im Verhältnisse zu dem Patent v. J. 1819 formell nicht gerechtfertigt zu sein. Auf der andern Seite wurde das Schatzcollegium, dessen Repräsentationsrecht noch im Patente von 1819 anerkannt war, nicht eingerufen, ungeachtet eine Berufung in der That sehr leicht gewesen wäre, da von den früheren 9 landständischen Mitgliedern nur eines seither mit Tod abgegangen ist, und auch dieses abgegangene Mitglied durch Wahl sogleich wieder hätte ersetzt werden können [2]).

---

1) Sammlung der Gesetze, Verordnungen und Ausschreiben für das Königreich Hannover v. J. 1833, 1. Abth. S. 347. 349.

2) In der von dem Cabinet der hohen Bundesversammlung übergebenen „Auseinandersetzung" wird angeführt, daß das Schatzcollegium darum nicht habe berufen werden können, weil es in der That nicht mehr vorhanden sei; allein wenn das Grundgesetz, wie von dem k. Cabinet behauptet wird, nichtig ist, so ist es auch die Verordnung v. 30. Juli

Digitized by Google

3) Auch die also ganz nach den Wünschen des Cabinets eingerichtete Versammlung konnte nicht umhin, ihre Competenz in Zweifel zu ziehen. Zwar macht es die Heimlichkeit, worin die Verhandlungen derselben gehalten wurden, unmöglich, Genaueres hierüber zu erheben; auch scheint es, daß die zweite Kammer anfangs, als sie noch in schwacher Anzahl versammelt war, weil ein großer Theil der Wahlcorporationen gar nicht wählte, oder weil ihre Deputirten wegen des ihrer Wahl angehängten Vorbehalts des Staatsgrundgesetzes zurückgeschickt worden waren, eine sehr unsichere Stellung dadurch einnahm, daß sie sich gleichwohl auf Berathung des vorgelegten Verfassungsentwurfs einließ. Indessen haben dem Vernehmen nach die bescheidenen Zweifel, welche die Kammer schon Anfangs in einem an Seine Majestät gerichteten Schreiben hinsichtlich ihrer rechtlichen Existenz geäußert, allmälig, je weiter das Berathungswerk vorrückte, mehr an Festigkeit gewonnen, und, nachdem es niemalen gelungen war, eine reine Mehrheit zu Gunsten der Aufhebung des Staatsgrundgesetzes zu erlangen, ward endlich von der zweiten Kammer am 25. Juni 1838 ausdrücklich erklärt:

„Stände wollen die Verfassung, welche ihnen von Sr. Majestät vorgelegt ist, berathen, sie müssen indeß der Ansicht sein, daß dadurch diejenige Verfassung, welche vor dem Antritte der Regierung Sr. Majestät rechtmäßig bestanden, nicht anders befriedigend aufgehoben oder abgeändert werden könne, als wenn die nach dem Staatsgrundgesetze begründete Repräsentation, sowie die Provinzialstände dazu ihre Zustimmung ertheilen*);

1834, wodurch das Schatzcollegium zu Folge desselben aufgehoben worden. Ebensowenig stichhaltig ist die Behauptung, daß die dermalige Ständeversammlung selbst den Mangel der Schatzräthe in ihrer Mitte ihrem Repräsentativ-Charakter nicht für nachtheilig erachtet habe; denn angenommen auch, die Versammlung hätte dies wirklich erklärt (die Erklärung der zweiten Kammer, daß sie überhaupt incompetent sei, scheint ihr zu widersprechen): so würde daraus nichts folgen, da eine Abänderung der Verfassung, wie das Cabinet selbst zugibt, nur durch förmliche Vereinbarung und zwar mit der verfassungsmäßig componirten Ständeversammlung möglich ist.

*) S. Nachträgliche Ueberreichung des Magistrats und der Alterleute der Stadt Osnabrück an die hohe deutsche Bundesversammlung, S. 4.

Digitized by Google

worauf eine plötzliche Vertagung eintrat. Seither sind zwar die neuen Stände auf den 15. Febr. 1839 wieder einberufen [1]), allein da die zweite Kammer nicht in beschlußfähiger Anzahl zu Stande kam, abermals auf unbestimmte Zeit vertagt worden [2]).

---

1) Das an die wieder versammelten Stände gerichtete königl. Schreiben vom 15. Febr. 1839 enthält zwar nochmals die Behauptung, daß das Patent vom 7. Dec. 1819 wieder in anerkannte Wirksamkeit getreten sei, allein ohne neue Gründe dafür anzuführen. Wichtig ist indessen für die Würdigung dieser Behauptung das Eingeständniß jenes Schreibens, daß Seiner Majestät es nicht habe unbekannt bleiben können, wie die Aufhebung des Staatsgrundgesetzes bei manchem Ihrer getreuen Unterthanen Bedenken erregt, daß die Nothwendigkeit dieses Schritts nicht allgemein anerkannt und die Wiedereinführung des Grundgesetzes für möglich, ja für wünschenswerth gehalten worden, daß diese Betrachtung die Vorlegung eines Verfassungsentwurfs an die neue Ständeversammlung zur Folge gehabt habe, dessen fernere Berathung aber nach dem, was vorgekommen, nicht mehr gestattet werden könne, indem Se. Majestät auf dem kürzesten Wege den Erwartungen entsprechen wollen, welche man nach den von Ihnen offen dargelegten Ansichten zu hegen berechtigt sei, und „ausdrücklich wiederholen", daß Sie durchaus keinen Zweifel darüber zulassen können, daß eine andere Verfassung in dem Königreiche rechtlich bestehe, als diejenige, welche in dem k. Patente v. 7. Dec. 1819 ihren wesentlichen Grund habe. Wie mag man in demselben Augenblicke, da auf solche Weise Stillschweigen auferlegt wird, aus diesem Stillschweigen auf Einwilligung schließen?

2) Gewiß ist es Pflicht eines Deputirten, entweder an den ständischen Geschäften Theil zu nehmen, oder seine Entlassung einzugeben; denn es ist nicht sein Recht, das er ausübt, sondern ein fremdes (ein Volksrecht); allein ein positives Zwangsmittel geben unsere deutschen Verfassungen nicht (Mohl, Württemb. Staatsrecht, I. S. 510); aus den allgemeinen Grundsätzen des Mandats folgt aber nun, daß der Auftraggeber, d. h. das Volk im Ganzen (von welchem der Deputirte nach dem System der Volksvertretung das Mandat abzuleiten hat) — nicht der besondere Wahlbezirk das Mandat widerrufen kann. Daß Namens des Volks die allgemeine Ständeversammlung in Gemeinschaft mit der Regierung dieses, wie andere Volksrechte ausüben kann, dabei habe ich keinen Anstand, aber es versteht sich, nur die competente Ständeversammlung. Ebenso kann auf demselben Wege, auf welchem die Verfassung überhaupt abzuändern ist, auch einer Körperschaft ihr Wahlrecht entzogen werden, nicht aber einseitig von der Regierung. Wenn nun freilich eine Ständeversammlung nicht zu Stande kommt, so kann auch

Digitized by Google

4) Man könnte nun zwar versucht sein, aus der im Lande allwärts vorgenommenen Huldigung und aus der von eben erwähnter Ständeversammlung ausgegangenen Steuerverwilligung, wie überhaupt aus der fortgesetzten getreuen Erfüllung der Unterthanenpflichten im Lande Hannover auf eine stillschweigende Genehmhaltung der von der dortigen Regierung vorgekehrten Schritte wider das Staatsgrundgesetz zu schließen. Allein was die Huldigung betrifft, so kann hierin auf einen zu Recht bestehenden Verzicht auf das Grundgesetz wieder darum nicht geschlossen werden, weil so wenig durch Reverse Einzelner, als in Form von Ueberversammlungen eine Abänderung der Staatsverfassung rechtlich möglich ist, sondern einzig und allein auf dem oben bemerkten Wege einer wiederholten ständischen Beschlußfassung. Uebrigens steht die dem Könige eidlich zugesagte Dienstpflicht, wenn auch dabei des Staatsgrundgesetzes nicht erwähnt worden, mit der Verbindlichkeit zur Aufrechthaltung dieses Gesetzes keineswegs im Widerspruch. Vielmehr können beiderlei Pflichten neben einander bestehen, und aus der Ignorirung der einen oder der andern folgt daher so wenig eine Entbindung von derselben, als aus der einmaligen Nichtausübung eines Rechts nothwendig ein Verzicht auf dieses Recht selbst.

5) So wenig von der Huldigung der Magistrate und königlichen Diener oder auch von einer allgemeinen Landeshuldigung die Verbindlichkeit der Unterthanen zu staatsbürgerlichem Gehorsam gegen den neuen rechtmäßigen Landesherrn abhängt, so wenig hindert auf der andern Seite die Verweigerung des Regierungseides von Seite eines Nachfolgers die Fortdauer einer zuvor bestandenen Verfassung. Obgleich nun der gegenwärtige Monarch in Hannover unterlassen hat, seinem Antrittspatente

---

ein Beschluß der eben angeführten Art nicht zu Stande kommen; indessen wird in einem Staate, wo die Volksrechte geachtet werden, dieser Fall nicht leicht eintreten. Was übrigens den vorliegenden Fall betrifft, so sind die Wahlberechtigten in eine traurige Alternative gesetzt; denn wenn sie wählen, so nimmt das Cabinet an, daß sie auf das Grundgesetz verzichten wollen, wählen sie nicht, so werden sie des Widerstandes beschuldigt und mit dem Verluste des Wahlrechts bedroht. Und doch bleibt den Corporationen kaum etwas Anderes übrig, als von ihrem Wahlrechte keinen Gebrauch zu machen, da sie dasselbe nur haben für eine nach dem Grundgesetze eingerufene Versammlung.

Digitized by Google

die in dem §. 13 des Staatsgrundgesetzes vorgeschriebene Versicherung der unverbrüchlichen Festhaltung der Landesverfassung beizufügen, nach welcher erst verfassungsmäßig die Huldigung erfolgen soll, so werden doch Seine Majestät so wenig auf die eine Handlung als auf die Unterlassung der andern ein rechtliches Gewicht zu legen gemeint sein.

6) Was dagegen die Steuerverwilligung betrifft, so ist es allerdings wahr, daß die von Sr. Königlichen Majestät nach dem Patente von 1819 berufene Ständeversammlung das Budget von 18 37/38 auf Ein Jahr in solle prorogirt*), mithin eine Handlung vorgenommen hat, welche nur den grundgesetzlich constituirten Kammern zugekommen wäre; doch spricht auch diese Handlung, wenn sie je bei dem mangelhaften Repräsentativ-Charakter der damaligen Stände gesetzliche Wirkungen äußern könnte, nicht sowohl gegen als für die Fortdauer des Grundgesetzes, da die grundgesetzlich geprüften und verwilligten Steuern es sind, welche nach jenem Beschlusse noch 1 Jahr fort erhoben werden sollten. Ebenso ist endlich

7) das ruhige Verhalten der hannöverschen Unterthanen bei den Angriffen auf das Theuerste, was einem Volke zukommt, seine Verfassung, nur ein Beweis mehr für die treue Anhänglichkeit derselben an ihr rechtmäßiges Fürstenhaus und für ihre Bereitwilligkeit, auf friedlichem Wege einen betrübenden Streit zu endigen, der für die öffentliche Ruhe allerdings gefährlich werden könnte, und schon jetzt die Vernichtung der äußern Existenz mehrerer öffentlichen Diener zur Folge gehabt hat, welche es gewagt haben, Widerspruch gegen die einseitige Aufhebung des Grundgesetzes einzulegen.

### §. 4. Einwendungen wider die materielle Verbindlichkeit des Staatsgrundgesetzes.

Sind nach dem Bisherigen die Einwendungen wider die formelle Gültigkeit des Staatsgrundgesetzes nicht für begründet zu halten, so fragt es sich weiter:

inwiefern etwa in materieller Hinsicht dasselbe einer Anfechtung unterliege?

*) Klüber, Oeffentl. Recht des deutschen Bundes, §. 246.

Digitized by Google

Hieher gehören folgende Gründe, wovon der eine in dem Patente vom 5. Juli, der andere in dem Patente vom 1. Novbr. 1837 geltend gemacht worden:

a) das Staatsgrundgesetz gebe keine hinreichende Gewähr für das dauernde Glück von Sr. Majestät Unterthanen, deren Wohl Ihr unablässiges Bestreben sei;

b) dasselbe enthalte mehrere Bestimmungen, welche die agnatischen Rechte tief kränken, und sogar die Regierungsrechte verletzen.

Man sieht wohl, diese Gründe sind von ganz verschiedener Art. Der erste findet in dem Grundgesetze das Glück des Volks, der zweite die Rechte des Königs gefährdet; beiden zu lieb sollte die Verfassung aufgehoben werden. Es könnte sogar scheinen, daß in dieser Verbindung zweier verschiedener Fundamente ein Widerspruch liege, sofern damit gesagt sein sollte, daß einerseits die Rechte des Regenten durch das Grundgesetz zu Gunsten des Volks allzusehr geschmälert worden, während doch gleichzeitig behauptet wird, daß dasselbe nicht zu seiner Wohlfahrt gereiche. Allein dieser Widerspruch ist doch wohl nur ein scheinbarer. Es läßt sich nämlich allerdings denken, daß die Rechte eines Staatsoberhauptes und damit zugleich die eventuellen Rechte des Thronfolgers auch zum Nachtheile des Volks geschmälert werden, welchem eine zu weit gehende oder zu unpassend vertheilte Freiheit nicht zusagen möchte. Die Aufgabe der verfassungsmäßigen Einherrschaft besteht ja eben darin, die Rechte der Regierung und der Unterthanen in ihrem Einklange zu zeigen, das Wohl des Volks und das der regierenden Familie mit und durcheinander zu erstreben. Warum sollte also nicht eine Benachtheiligung des einen Theils den andern mittreffen können? Doch müssen wir bezweifeln, daß eine solche wechselseitige Benachtheiligung in dem Grundgesetze des Königreichs Hannover stattgefunden habe, welches die verschiedenartigsten Ansprüche der jetzt zum ersten Male fester vereinigten Provinzen und Stände zu befriedigen schien. War ja dasselbe von keiner Seite der andern aufgedrungen, noch übereilt, sondern das Ergebniß einer langen, ruhigen, von beiden Seiten völlig freien Berathung, nicht ein vereinzelt stehendes Machwerk zu Befriedigung theoretischen Sinns oder des Reizes der Neuheit, sondern ein Glied weiter in der Entwickelung



Digitized by Google

gegebener Zustände, und wenn gleich berücksichtigend die dringenden Anforderungen der Gegenwart, so doch nicht minder zusammenhängend mit der Vergangenheit und dadurch Bürge einer guten Zukunft.

Auch von den durchlauchtigsten Agnaten des königlichen Hauses schien ein Widerspruch nicht gefürchtet werden zu müssen; war ja in dem Cap. II des neuen Gesetzes ihren bisherigen Rechten eine neue Gewähr und in dem 2. Abschnitte des VI. Capitels eine neue wichtige Befugniß, die des Sitzes und der Stimme in der ersten Kammer, hinzugefügt worden, und war das Grundgesetz selbst unter den Auspicien und unter Mitwirkung eines dem Throne sehr nahe stehenden königlichen Prinzen entstanden, und gehörten endlich Seine jetzt regierende Majestät selbst einer hohen Familie an, welche niemals öffentlichen Institutionen abgeneigt, sondern an weit ausgedehntere Volksrechte in einem andern großen Königreiche gewöhnt worden war.

Zwar wird in dem Patente vom 1. Nov. versichert, Seine Majestät haben das Grundgesetz niemals anerkannt, sondern offen Ihren Widerspruch zu erkennen gegeben; allein wenn einerseits hiervon öffentlich nichts verlautete, so mochten andererseits die Einwohner des Staats Hannover sich um so ruhiger dem Vertrauen auf den gewonnenen Rechtszustand hingeben, als bereits in vielen andern Staaten die öffentliche Verfassung auf ähnliche Weise geordnet worden war, und als die einzelnen Provinziallandschaften in Hannover, so wie in den neu erworbenen Landestheilen früher zum Theil gleiche, wo nicht weitergehende, Rechte hergebracht hatten. Auch was nach Erscheinung des Grundgesetzes im Lande Hannover geschah, giebt nur Zeugniß für die durch dasselbe beförderte Ruhe, Einigkeit und Staatswohlfahrt, während Zerwürfnisse, wie sie jetzt eben dort stattfinden und zu Beschwerden bei dem Bunde führten, unter dem Staatsgrundgesetze nicht erhört worden.

Indessen hätte alles dieses für Se. Majestät kein juristischer Abhaltungsgrund sein können, um rechtlich begründete Ausstellungen wider das Staatsgrundgesetz am gehörigen Orte vorzubringen, und von selbst versteht sich, daß, wenn wohlerworbene agnatische Rechte Sr. Majestät durch dieses Gesetz genommen werden sollten, hierzu Ihre Einwilligung vor Allem hätte gesucht werden sollen; wo-

Digitized by Google

gegen andererseits ein wesentlicher Fehler des Grundgesetzes, insbesondere eine Deteriorirung der Staatsgewalt wider ihren Begriff und Zweck nicht gehoben worden wäre durch jene Einwilligung.

### A. Verletzung, insbesondere des Gemeinwohls.

Daß eine Handlung zum Besten des regierten Landes von dem Nachfolger in der Regierung nicht dürfe angetastet werden, darin waren alle älteren und neueren Schriftsteller einverstanden. Da aber der Begriff des Gemeinwohls sehr unbestimmt ist, so hat man sich zugleich nach einem andern Entscheidungsgrunde umgesehen, und diesen zuletzt darin gefunden, daß die Handlung des Vorfahren, wenn dadurch unwiderrufliche Rechte Dritter auch gegenüber von dem Nachfolger sollen begründet werden, der Verfassung und überhaupt denjenigen Einschränkungen gemäß sein müsse, welchen der betreffende Regent unterworfen sei. Unter diesen Einschränkungen hat sich nun allerdings bei den Rechtslehrern tanquam unum ex pluribus auch wieder das Gemeinwohl geltend gemacht? Allein da in dieser Hinsicht nicht darauf gesehen werden solle, ob der Endzweck der Handlung erreicht worden oder nicht, sofern nur derselbe für sich zur Zeit des Beginns kein nachtheiliger gewesen [1]), und da zugleich jeder Fürst die Vermuthung für sich hat, daß er seinen Pflichten gemäß zum Wohle seines Landes gehandelt habe: so ergiebt sich von selbst, daß aus dem Grunde der Gemeinschädlichkeit allein eine Regentenhandlung nicht leicht anzutasten sein dürfte, zumal in eingeschränkten Monarchien, wo bei wichtigen Handlungen gewisse schützende Formen zu beobachten sind. Jedenfalls ist die behauptete Gemeinschädlichkeit, wie jede andere Pflichtwidrigkeit, wegen welcher der Nachfolger eine frühere Regierungshandlung antasten will, erst zu beweisen, bevor wohlerworbene Rechte Dritter darum gebeugt werden sollen [2]). Könnte nämlich der bloße Wunsch, Andere glücklich zu machen, oder die Rücksicht auf das, was ein Einzelner oder was Mehrere für sich erstreben möchten, einen rechtlichen Bestimmungsgrund dafür abgeben, in den Rechtszustand Dritter

1) v. Zwierlein, a. a. O., §. 14.
2) v. Kamptz, a. a. O., §. 77.



Digitized by Google

oder des Ganzen einzugreifen, so würde das Ziel aller Gutgesinnten im Staate, öffentliche Sicherheit, niemals erreicht werden. Ebenso würde, wenn ohne Rücksicht auf die im Staate nöthigen Formen die bestehende Ordnung der Dinge einer subjectiven Ansicht vom Gemeinwohl zu Liebe von einzelnen Unterthanen oder von dem Regenten selbst dürfte umgekehrt werden, jenes Gemeinwohl schlecht berathen sein.

Das Wohl des Staats oder das Gemeinwohl ist überhaupt nicht zu verwechseln mit dem Wohle der einzelnen Unterthanen, oder gewisser Classen derselben. Die Glückseligkeit oder auch nur die Zufriedenheit Aller ist kein Staat und keine Regierung zu bewirken im Stande. Schon der Begriff von Glückseligkeit bringt dieses mit sich; denn wenn hierunter verstanden ist die Befriedigung aller unserer Neigungen und Wünsche, so wird dieses Ziel als ein Ideal von keinem Menschen erreicht werden, am wenigsten aber von einem Gesammtwesen für seine einzelnen Mitglieder. Auch nur ein gewisses Maß jener Befriedigung kann, da hier Alles von subjectiver Empfänglichkeit abhängt, welche sich Niemand für einen Andern geben kann, nicht von der Staatsgewalt unmittelbar Namens der Einzelnen erstrebt oder denselben aufgedrungen werden, es müßte sonst ein für Viele sehr lästiger Beglückungszwang entstehen und in dessen Folge geradezu der Gegensatz von dem, was man Gefühl der Glückseligkeit oder individuelles Wohl nennt. Es wird daher der Staat jedem Einzelnen überlassen müssen, auf seine Weise glücklich zu sein, wofern er nur durch seine Glückseligkeitsplane nicht in die Rechte Anderer eingreift oder gewisse für bindend gehaltene Regeln der Sittlichkeit und des öffentlichen Anstandes verletzt.

Indessen läßt sich dem Grundsatze: „salus publica suprema lex esto", der leicht zur gefährlichsten Waffe des Despotismus werden kann [1]), auch eine richtige Bedeutung abgewinnen, wenn er nämlich bezogen wird auf das Wohl des Staats als einer Gesammtheit. Dieses Gesammtwohl aber besteht in der Erreichung des Staatszwecks, welcher wesentlich zu setzen ist in den Schutz der Rechte Aller [2]). So weit mit diesem Ziel auch das

1) Jordan, Versuche über allgemeines Staatsrecht, S. 139 f.
2) v. Gros, Naturrecht, §. 289. — Zachariä, 40 Bücher vom Staat,

Digitized by Google

Wohl der Einzelnen indirect gefördert wird, oder eine directe Beförderung des Einzelnwohls ohne Verletzung der Rechte der Anderen möglich ist, hat allerdings die Regierung auch das individuelle Wohl der Unterthanen zu besorgen; aber immer muß die Staatsaufgabe zunächst gestellt werden in die Handhabung der Gerechtigkeit und somit der hauptsächliche Beruf einer Staatsregierung in die Anerkennung und Vollziehung der Grund- und aller übrigen Gesetze. Diese Vollziehung kann für Einzelne unter Umständen lästig sein; aber dennoch ist sie nothwendig um der Ruhe und der Rechte aller Uebrigen willen.

Nach diesem wird man wohl nicht annehmen können, daß der bloße Wunsch Sr. Majestät, Ihre Unterthanen glücklich zu wissen, und die subjective Ansicht, daß das Glück der letzteren durch Handlungen Höchstihres Vorgängers nicht gesichert sei, die einseitige Aufhebung des Staatsgrundgesetzes, rechtfertigen; denn hatten Höchstdieselben hierbei einzelne unzufriedene Unterthanen im Auge, welche, wie überall, so auch in Hannover, gefunden werden mögen, so standen deren Berücksichtigung die Rechte aller Uebrigen aus diesem Grundgesetze im Wege. Nahmen aber Se. Majestät das Gesammtwohl zum Ziele, und hielten Sie dieses durch die eingeführte Verfassung gefährdet, so durften Sie doch letztere nicht für Sich ändern, sondern es war dazu die Mitwirkung der Stände nöthig, und zwar gerade in derjenigen Form, welche das Grundgesetz vorschreibt.

### B. Verletzung von Regierungsrechten.

Auf die Nachfolge in der monarchischen Regierung und zwar gerade in der durch Hausgesetze und Familienherkommen bestimmten Ordnung hat jeder fähige Agnat ein eigenes, durch die Abstammung vom ersten Erwerber begründetes und nicht erst aus der Person des verstorbenen Vorgängers herzuleitendes Recht. Er kann also auch verlangen, daß ihm dasselbe eintretenden Falls der Substanz nach ungefährdet überliefert werde. So würde ein

---

Bd. I, S. 212—229. — Schmid, Lehrbuch des gem. deutschen Staatsrechts, 1. Abth., §. 6. — Jordan, Lehrbuch des allg. u. deutschen Staatsrechts, 1. Abth., §. 37.

Digitized by Google

Agnat allerdings sich beschwert halten können, wenn die Regierungsfolge zu seinem Nachtheile geändert, oder wenn ein wesentliches Hoheitsrecht, z. B. die Gesetzgebung, von der Regierung getrennt und dadurch die Monarchie in eine andere Staatsform verwandelt worden wäre. Wenn indessen außerordentliche Umstände, wie die Geschichte lehrt, je zuweilen selbst ein Abgehen von diesem Grundsatze (Princip der Legitimität) haben entschuldigen lassen, so wird man um so gewisser, um dergleichen äußersten Fällen zuvorzukommen und andererseits die Staaten nicht zu einem ewigen Stillstande zu verurtheilen, von dem Nachfolger in der Regierung verlangen können, daß er Beschränkungen in Ausübung derselben, welche auf verfassungsmäßigem Wege getroffen sind und dem Begriffe der Monarchie nicht widersprechen, als gesetzliche Einrichtungen anerkenne und ihnen gleichfalls sich füge. Hiermit stimmen auch überein die Art. 55 u. 57 der wiener Schlußacte, wonach den souverainen Fürsten der Bundesstaaten überlassen ist, den Art. 13 der Bundesacte, die Einführung einer landständischen Verfassung betreffend, mit Berücksichtigung sowohl der früherhin gesetzlich bestandenen ständischen Rechte, als der gegenwärtig obwaltenden Verhältnisse, zur Vollziehung zu bringen, wobei jedoch dahin zu sehen ist, daß die gesammte Staatsgewalt in dem Oberhaupte des Staats vereinigt bleibe und der Souverain nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden werde.

Nun finden sich zwar in dem hannöverschen Grundgesetze einige Bestimmungen über die Thronfolge; allein dieselben stehen durchaus in Uebereinstimmung mit dem bisherigen Rechte des Guelfischen Hauses und mit dem gemeinen Rechte. Neu erscheinen nur die ausführlichen Bestimmungen über die Regentschaft (§. 14—25). Allein, wenn man bedenkt, zu welchen Verwickelungen die Unentschiedenheit der hier eingreifenden Fragen führen kann und in dem braunschweigischen Hause schon geführt hat, so wird man es dem Höchstseligen Könige nur Dank wissen, daß er als Oberhaupt des königlichen Gesammthauses mögliche künftige Fälle in Uebereinstimmung mit den getreuen Ständen auf die geschehene Weise vorgesehen hat. Rechte der Agnaten sind dadurch nicht verletzt worden; denn das vorzugsweise Recht derselben zur Führung und subsidiär zur Einsetzung der Regierungs-

Digitized by Google

Vormundschaft ist anerkannt, eine gewisse Mitwirkung der Stände findet aber auch nach anderen Verfassungen und fand namentlich nach dem alten braunschweigischen Fürstenrechte statt. Ueberdieß sind die grundgesetzlichen Bestimmungen über die Regentschaft mit unbedeutenden Abweichungen, zum Theil wörtlich in den neuen, von Sr. Majestät proponirten Verfassungsentwurf (§. 12—19) übergegangen.

Die Regierungsform, wie sie in dem Grundgesetze festgestellt worden, ist die monarchische, mit Beschränkungen im Sinne des sog. Repräsentativsystems, wie solches in den meisten deutschen Staaten besteht und durch den Art. 13 der Bundesacte gewissermaßen als gemeine Regel vorausgesetzt ist. Der König vereinigt in sich die gesammte Staatsgewalt (§. 6). Er vertritt das Königreich in allen Beziehungen zum deutschen Bunde und zu einzelnen auswärtigen Staaten (§. 7). Ebenso geht im Innern alle Regierungsgewalt von ihm aus. Kein Landesgesetz tritt in Gültigkeit, bevor es vom Könige verkündigt ist. Ihm steht die Kirchenhoheit zu, und die bewaffnete Macht ist allein von ihm und seinen Befehlen abhängig (§. 8). Er ist ferner die Quelle aller Gerichtsbarkeit im Lande und übt das Abolitions- und Begnadigungsrecht aus (§. 9). Auch können nur von ihm Rang, Titel und Würden verliehen und Standeserhöhungen vorgenommen werden (§. 10).

Was die Beschränkungen des Monarchen betrifft, so darf dieser den Lauf der Rechtspflege nicht hemmen (§. 9); er ist in Aufhebung, Abänderung und authentischer Erklärung von Gesetzen an die ständische Zustimmung gebunden (§. 79, 85); er darf namentlich keine Steuern ohne ständische Verwilligung auflegen, und keine Truppenaushebung ohne vorgängige Verabschiedung befehlen (§. 86). Doch ist auch in diesen Beziehungen die königliche Prärogative, zum Theil mehr noch als anderwärts, gewahrt. Die ständische Zustimmung erstreckt sich nur auf den wesentlichen Inhalt der Gesetze. Der König hat ein absolutes Veto in Gesetzessachen; er kann die Gesetze in Uebereinstimmung mit den verabschiedeten Grundsätzen auf dem Wege der Verordnung näher bearbeiten und ausführen lassen. Verfügungen über das Heer, dessen Formation, Disciplin und Dienst, mit Ausnahme der Aushebungs- und der militärischen Strafgesetze, können von

Digitized by Google

dem Könige allein erlassen werden (§. 85 — 87). Auch Verträge mit Auswärtigen kann der König für sich abschließen, und nur, wenn deren Ausführung die Bewilligung von Geldmitteln voraussetzt oder eine Einwirkung auf die innere Gesetzgebung dadurch hervorgebracht wird, bedarf es der ständischen Mitwirkung zu ihrer Ausführung (§. 92). Beschlüsse der Bundesversammlung werden für das Königreich verbindlich, sobald sie vom Könige verkündigt sind, unter derselben Modification (§. 2). Eigenthümlich ist der §. 88 des Grundgesetzes, wonach auch die Stände nicht bloß auf Erlassung neuer oder abändernder Gesetze überhaupt antragen, sondern auch sogleich zu diesem Ende Gesetzesentwürfe der Regierung vorlegen können. Allein da gleichzeitig auch der letztern das Recht der Initiative eingeräumt ist und ohne Zustimmung des Königs kein Gesetz promulgirt oder publicirt werden kann, so dürfte hierin ein Grund zur Beschwerde um so weniger zu finden sein, als auch in der alten Ständeverfassung ein bloß der Regierung zukommendes Recht der Gesetzesvorschläge nicht ausgeschieden war. Außer der Theilnahme an der Gesetzgebung hat die Ständeversammlung das Recht der Bitte und Beschwerde und das Recht zur Controlirung des Staatshaushalts (§. 90, 139). Ein weiteres Eingreifen in die Verwaltung steht ihr aber nicht zu (§. 90 a. E.). Auch ist sie verpflichtet, für Deckung der zum öffentlichen Dienst nothwendigen Ausgaben in so weit zu sorgen, als solche aus den Einkünften des Kronguts und der Regalien nicht können bestritten werden (§. 140). Endlich kommt der Ständeversammlung, wie anderwärts zu das Recht und die Pflicht, wegen absichtlicher Verletzung des Staatsgrundgesetzes den verantwortlichen Minister bei dem Oberappellationsgerichte anzuklagen (§. 151, 152).

Man sieht, die königliche Regierung Hannovers ist auch nach dem Grundgesetze noch im Besitze aller wesentlichen, sowohl allgemeinen als besonderen Regierungsrechte; und wenn sie in deren Ausübung sich mehrfach beschränkt hat, so ist dieß nicht in der Absicht geschehen, sich oder dem Lande dadurch einen Nachtheil zuzufügen, sondern zum Wohle des Ganzen, und in Anerkennung der bereits früher den Provinziallandschaften zugekommenen, theilweise noch bedeutenderen, Rechte, deren Erhaltung den-

Digitized by Google

selben verschiedentlich, zuletzt noch in dem Patente v. 7. Dec. 1819 (§. 6), zugesagt worden war.

Was namentlich diejenigen ständischen Befugnisse betrifft, welche bei Seiner Majestät, dem gegenwärtigen Könige, besonderen Anstoß gefunden haben, so wird sich leicht beweisen lassen, daß eine Kränkung agnatischer Rechte oder eine Verletzung des monarchischen Princips darin nicht enthalten ist.

Das Patent vom 1. Nov. 1837 bezeichnet nämlich folgende Grundsätze der neu zu berathenden Verfassung, welche auch in dem den Ständen v. J. 1838 mitgetheilten Entwurfe sich wiederfinden und allerdings das grundgesetzliche System merklich verändern würden:

1) Die allgemeinen Stände sollen nur alle 3 Jahre berufen werden und deren Sitzungen der Regel nach nicht über 3 Monate dauern.

2) Der Wirkungskreis der Provinzialstände solle erweitert werden, indem zwar solche Gesetze, welche Steuern und Abgaben des Königreichs betreffen, von der allgemeinen Ständeversammlung zu bewilligen, rücksichtlich anderer Gesetze es aber von der königlichen Entscheidung abhängen soll, ob solche an die Provinzial- oder die allgemeinen Stände zu bringen.

3) Aus den Einkünften der Domänen sollen nur Zuschüsse zu den Staatsbedürfnissen erfolgen, welche jedoch dem Volke die Ueberzeugung gewähren werden, daß Seine Majestät nicht gemeint seien, die Lasten der Unterthanen zu vermehren.

Dieses dritte Desiderium wird nachher besonders geprüft werden. Was dagegen den ersten Punkt betrifft, so sehen wir nicht ein, inwiefern durch die abweichende Bestimmung des Grundgesetzes eines der hohen Regierungsrechte sollte verkümmert sein. Das Patent v. J. 1819 hatte allerdings keine festen Landtagsperioden angeordnet, und insofern war die Festsetzung jährlicher Landtage in dem Grundgesetze neu. Allein wenn man zurückgeht auf die Rechte der alten Provinzialstände, welche ja nach jenem Patente im Wesentlichen übergehen sollten auf die allgemeinen Stände, so scheint in dieser Hinsicht eine wahre Neuerung in dem Grundgesetze nicht enthalten zu sein. Abgesehen davon, daß die alten Landstände in Deutschland ohne landesherrliche Convocation jederzeit zusammentreten konnten, war es her-

Digitized by Google

kömmlich, daß die lüneburgische Landschaft jährlich zweimal regelmäßig sich versammelte, weil die Contribution nur von 6 zu 6 Monaten verwilligt wurde. Das Ansinnen der Herrschaft, daß die Landschaft nur einmal im Jahre sich versammeln und die Steuern auf das ganze Jahr verwilligen solle, war von dieser mehrmals abgelehnt worden. Auch der größere Ausschuß der kalenbergischen Stände pflegte jährlich einmal zusammenzukommen. Es ist möglich, daß dreijährige Landtagsperioden jetzt in Hannover ebenso genügen würden, wie dieß in anderen Staaten der Fall ist; allein daß eine rechtliche Beschwerde für Seine Majestät den König in der Anordnung jährlicher Landtage liege, wird man durchaus in Abrede ziehen müssen.

Was sodann zu 2. den Streit um Provinzial- oder allgemeine Stände betrifft, so läßt sich Manches für die einen wie für die anderen anführen. Der preußische Staat kennt auch jetzt nur Provinzialstände, wie dieß früher im Kurstaate Hannover der Fall war. Allein man darf nicht mißkennen, daß die provinziellen Verschiedenheiten in der preußischen Monarchie bedeutender sind, als die im Königreiche Hannover; und wenn die königlich preußische Regierung bis jetzt nicht für gerathen gefunden hat, ihren Unterthanen eine gemeinsame ständische Vertretung einzuräumen, so kann dieß nicht für Hannover entscheiden, wo von der königlichen Regierung ganz specielle Verpflichtungen dießfalls eingegangen sind.

Wie sich nun aber die von der neuen Regierung beabsichtigte Einrichtung hinsichtlich der Provinzalstände von der grundgesetzlichen unterscheide und inwiefern die Regierung namentlich den Wirkungskreis der allgemeinen Stände beschränken wolle, darüber ist bereits oben Seite 20 und 21 das Nöthige gesagt worden. Dergleichen Aenderungen können, wie sich von selbst versteht, den grundgesetzlichen Ständen von der königlichen Regierung jederzeit vorgeschlagen werden. Allein so lange dieselben nicht in gehöriger Form auf zwei nach einander folgenden Landtagen verabschiedet sind, haben sie nach dem Grundgesetze (s. Schluß) keine Gesetzeskraft. Auf der andern Seite können die angefochtenen Bestimmungen des Staatsgrundgesetzes bis dahin, daß etwas Anderes an ihre Stelle getreten, nicht wohl entbehrt werden, denn ein Grund, in dieser Beziehung die Verfassung v. J. 1819

Digitized by Google

wiederherzustellen, ist nicht gegeben. Allerdings räumt diese den allgemeinen Ständen nur ein Recht auf „Zurathziehung" bei neu zu erlassenden allgemeinen Landesgesetzen ein, und es scheint somit die königliche Gewalt sich durch das Grundgesetz weiter beschränkt zu haben, als dieß früher der Fall war, indem dasselbe den ganzen wesentlichen Inhalt des neuen Gesetzes von der ständischen Zustimmung abhängig macht. Allein, abgesehen davon, daß das Patent v. J. 1819 auch eine andere, den Ständen günstigere, Auslegung zuläßt (s. den Aufsatz Nr. I, §. 6), so würde in dem Grundgesetze auch in jener Hinsicht noch keine Läsion, und daher auch kein Restitutionsgrund für den Nachfolger liegen, welcher vermöge des Princips der Legitimität nur ein Recht auf die gesetzmäßige Succession in der Regierung nicht aber auch auf eine bestimmte Form in Ausübung der letztern hat, die vielmehr von der jeweiligen Verfassung und Gesetzgebung abhängt, wobei die Agnaten nur in so weit zu concurriren haben, als ihnen verfassungsmäßig in einer der ständischen Kammern ein Mitwirkungsrecht eingeräumt, oder als einer derselben von dem Inhaber der Regierung zur verfassungsmäßigen Mitregierung berufen ist.

Was sodann diejenige Entwurfsbestimmung betrifft, wonach die Competenz der allgemeinen Stände gegenüber von den Provinzialständen in Gesetzgebungssachen in der Regel von der königlichen Entscheidung abhängen soll, so würde dieß zwar materiell dem Grundgesetze keinen Eintrag thun, da auch nach diesem die Entscheidung, welche Gesetze den allgemeinen oder besonderen Ständen vorgelegt werden sollen, zuletzt dem Könige vorbehalten bleibt. Dennoch dürfte der bestimmte Ausspruch des Grundgesetzes (§. 84):

> „Ueber alle das ganze Königreich oder den Bezirk mehrerer Provinziallandschaften gemeinschaftlich und nicht lediglich specielle Verhältnisse der Provinzen betreffenden, zur ständischen Berathung gehörenden Gegenstände wird nur mit der allgemeinen Ständeversammlung des Königreichs verhandelt"

in formeller Hinsicht den Vorzug vor dem Entwurfe verdienen, und es war um so weniger Ursache vorhanden, das Grundgesetz in dieser Beziehung anzufechten, als aus der erweiterten Wirksamkeit der Provinzialstände auf Kosten der allgemeinen die gehoffte Zeitersparniß in der That nicht hervorgehen dürfte,

Digitized by Google

da natürlich, je kürzer die Sitzungen der allgemeinen Stände dadurch würden, um so länger die verschiedenen Provinzialversammlungen dauern müßten.

Eine Beschwerde für Seine Majestät liegt ferner auch nicht, wie neuerdings behauptet wird*), in der Bestimmung des §. 13 des Grundgesetzes, wonach die Erbhuldigung bei dem Regierungsantritte eines neuen Königs von der Erlassung eines Patents abhängig gemacht ist, in welchem die unverbrüchliche Festhaltung der Landes-Verfassung versichert wird. Diese Versicherung kann nämlich keineswegs als eine dem Regierungsrechte fremde Bedingung betrachtet werden; denn zur Aufrechthaltung der Verfassung ist jeder Regierungsinhaber von selbst verpflichtet; die ausdrückliche Uebernahme dieser Verpflichtung von Seite des Nachfolgers aber ist nur eine Form, von deren Erfüllung nicht das Recht zur Nachfolge, sondern nur die Beobachtung einer entsprechenden Formalität von Seite der Unterthanen abhängig gemacht wird. Schon in dem alten Rechte, das in dem Landesverbande, wie in dem Lehensnexus nicht blos ein Verhältniß einseitiger, sondern gegenseitiger Treue erkannte, war die Versicherung der Landesfreiheiten bei dem Regierungsantritte des Landesherrn etwas ganz Gewöhnliches; und insbesondere wird in mehreren lüneburgischen Landesverträgen und Landesabschieden dieselbe als Bedingung der Huldigung gefordert.

Eine andere Ausstellung ist endlich neuerdings wider den Grundsatz der ministeriellen Verantwortlichkeit und die damit zusammenhängende Contrasignatur der königlichen Erlasse gemacht worden. Herausgehoben ist auch dieser Punkt nicht unter den Einwendungen und Anträgen Sr. Majestät in dem Patente vom 1. No. 1837. Dagegen ist den grundgesetzlichen Be-

*) „Exposition zur Vertheidigung des Patents vom 1. Nov. der deutschen Bundesversammlung in der letzten Sitzung des Jahres 1838 überreicht, als „eine Arbeit einiger Staatsdiener Sr. Majestät." Nicht zu verwechseln mit einer gleichzeitig als „Erklärung des Königs" übergebenen „Auseinandersetzung, daß die Verfassung v. J. 1819 in anerkannter Wirksamkeit stehe." Beide Actenstücke, welche dem Verfasser dieses aus dem Hannöverschen mitgetheilt worden, dürften wohl nicht unberücksichtigt gelassen werden.

Digitized by Google

stimmungen in jener Hinsicht der §. 128 des neuen Verfassungs-Entwurfs substituirt, worin es heißt:

„Die Minister sind, jeder in Hinsicht des ihm angewiesenen Wirkungskreises, allein dem Könige für die Vollziehung der Gesetze und Verordnungen und der königlichen Befehle verantwortlich.“

Sollte hiermit ausgedrückt sein, daß die königlichen Minister wegen Verfassungs- und Gesetzes-Verletzungen nicht, wie andere Beamte und Unterthanen, den Gerichten zu Rede zu stehen haben, sondern blinde Werkzeuge des Regenten seien: so würde dieß dem gemeinen Rechte widersprechen, wonach kein Unterthan, auch der höchste nicht, von dem Gesetze ausgenommen, und jeder öffentliche Diener wegen Dienstvergehen in Untersuchung zu ziehen und strafbar ist. Dagegen ist allerdings das künstliche Schutzmittel der neueren Verfassungen, wonach jede Regentenhandlung nur gültig, wofern der betreffende Departementsvorstand durch Beifügung seiner Unterschrift die bürgerliche Verantwortung derselben übernommen, in dem Grundgesetze erst für Hannover geschaffen worden.

Eine Verletzung der Rechte Sr. Majestät liegt aber auch in dieser Beschränkung*) nicht, welche in der That nur ein kleiner

*) „Die Bestimmung führt (wird behauptet) auf die Theilung der höchsten Staatsgewalt zwischen dem Könige und seinen Ministern.“ In der That eine neue Behauptung! Nachdem die Theorie von der getheilten Staatsgewalt selbst für England, wo man sie sonst verwirklicht glaubte, verworfen worden, soll dieselbe in dem hannöverschen Grundgesetze durchgeführt sein, und zwar im Verhältniß zu den Ministern, welche im Namen und im Auftrage des Königs handeln und von ihm jederzeit entlassen werden können!? „Sie (die Bestimmung) mag geeignet sein für sog. constitutionelle Staaten, in denen das Staatsoberhaupt dem Namen nach herrscht, aber nicht regiert. In deutschen Monarchien findet sie, nach den Principien Sr. Majestät des Königs, keine Anwendung.“ Also die Lehre einer französischen Fraction: „le roi régne, mais il ne gouverne pas“ wäre wirklich wahr in Anwendung auf sog. constitutionelle Staaten, namentlich auf England? Daß sie nicht Anwendung findet auf Deutschland, ist sicher. Giebt es denn aber nicht auch constitutionelle Monarchien in Deutschland, und regieren dort die Regenten nicht?

Digitized by Google

Ersatz ist für das vormalige Recht der Unterthanen, gegen die Fürsten selbst bei den Reichsgerichten Klage zu führen.

Ueberhaupt ist die Souverainetät der Fürsten und ihre daraus abgeleitete Heiligkeit und Unverantwortlichkeit ein neues, in den Staatsverfassungen und nicht in dem alten Privatfürstenrechte gegründetes Recht. Selbst der einzige Souverain im Reiche, der Kaiser, stand unter dem Fürstengerichte [1]). Wenn daher der Vorfahr Sr. Majestät ein Gegengewicht wider diese neue Prärogative in der Anerkennung einer ministeriellen Verantwortlichkeit gefunden hat, so kann Se. Majestät hierin um so weniger Grund zur Beschwerde finden, als diese Einrichtung, wie unlängst in dem braunschweigischen Streite anerkannt worden, dem Fürsten wie dem Lande zum Vortheile gereicht.

„Die Contrasignatur" — so heißt es in der Graf Münster'schen Widerlegung der Beschuldigungen Braunschweigs [2]) — „schützt den Fürsten wie den Unterthanen gegen Verfälschungen und ist in allen wohlgeordneten Staaten im Gebrauch; und obwohl sie in England und Frankreich gesetzlich besteht, so halten sich doch die Könige dieser Reiche für nicht weniger unabhängig, als es der Herzog von Braunschweig ist. Daß dadurch den Unterthanen auf keinen Fall zu viel eingeräumt worden, haben Se. Durchlaucht am besten selbst bewiesen, da wir sehen müssen, wie wenig es Sie kostet, Räthe zu finden, die ihren Namen zu solchen Verordnungen und Klagen hergeben, wie die, womit wir uns hier beschäftigen. Männer, deren Leben bis dahin rein und achtungswerth gewesen, haben die harte Wahl gehabt, entweder ihr Brod zu verlieren, oder ihren Namen unter Verordnungen zu setzen, die sie nicht anders als mißbilligen konnten."

### C. Verletzung agnatischer Rechte an den Domänen.

Der wichtigste Einwand wider das Staatsgrundgesetz betrifft ohne Zweifel das Rechtsverhältniß der Domänen. In dieser Beziehung will das Patent vom 1. Nov. 1837, daß aus den Einkünften der Domänen nur Zuschüsse zu den Staatsbedürfnissen

1) Schwäb. Landrecht, §. 124 (Straßb. Ausg.).
2) Hannover 1827, S. 77. Londoner Ausgabe, S. 66.

Digitized by Google

erfolgen sollen, während in dem Grundgesetze (§. 122—124) sämmtliche zu dem königlichen Domanio gehörigen Gegenstände für Krongut erklärt sind, dessen Einkünfte zum Besten des Landes verwendet werden sollen. Hiernach scheint Se. Majestät, der König Ernst August, wie auch aus dem neuen Verfassungsentwurfe (§. 103 f.) hervorgeht, die Domänen des Königreichs als Familiengut in Anspruch nehmen und der Krone wieder entziehen zu wollen.

Sofern vor dem Grundgesetze die Domänen (oder nach ihrer althistorischen Benennung: Kammergüter) Privateigenthum der regierenden Familie gewesen sein sollten, müßte man allerdings annehmen, daß in jener grundgesetzlichen Bestimmung eine wahre (qualificirte) Veräußerung liege, wozu der jeweilige Regent nicht für sich berechtigt, zu deren Anfechtung vielmehr der Nachfolger, falls sie nicht mit seiner Einwilligung noch aus dringender Noth oder zum Besten des Landes geschehen, allerdings befugt ist. So wenig nämlich die deutschen Stammguts-Grundsätze auf die Wirksamkeit wahrer Regentenhandlungen von Einfluß sein können, und so wenig daher die Bestätigung solcher Handlungen an dem Bestande derselben überall etwas ändern kann, da nur die Gesetzlichkeit derselben über ihren Werth oder Unwerth entscheidet, so sehr muß man doch andererseits da, wo der Regent nicht in dieser Eigenschaft, sondern lediglich als Familienhaupt handelt, die eventuellen Rechte der Agnaten gegen nachtheilige Verfügungen desselben in Schutz nehmen.

Die Vorfrage ist nun freilich die:

> welche Rechte überall an den Kammergütern den Nachgebornen zukommen, und wer als Subject des Eigenthums an denselben zu betrachten sei?

denn, je nach dem diese Frage beantwortet wird, muß sich auch das Verfügungsrecht des Landesherrn über die Domänen verschieden gestalten; und wenn schon die meisten Schriftsteller geradezu die Veräußerung von Kammergütern dem Widerrufsrechte der Agnaten unterwerfen, und hierunter selbst solche, welche sonst den Unterschied zwischen öffentlichen und Privathandlungen der Regenten festhalten und die Kammergüter als Staatsvermögen betrachten*):

*) Z. B. v. Kamptz, a. a. O., S. 235.

Digitized by Google

so sieht man doch nicht ein, warum jener Unterschied gerade da verlassen werden soll, wo er zunächst praktisch werden könnte, oder warum im Widerspruch mit dem Princip der Gesetzlichkeit der Regent nicht auch bei Ausübung von Vermögensrechten entweder als öffentliche oder als Privatperson betrachtet werden soll, je nachdem er über Staats- oder Privat-Vermögen disponirt.

Nachdem wir gefunden haben, daß die Domänen landesherrliches Eigenthum sind (oben Nr. II), sollte der Natur der Sache nach der Landesherr über dieselben wie ein anderer Eigenthümer disponiren können. Allein sofern die Domänen mit der Landeshoheit eng verbunden sind, und diese der Substanz nach gegenüber von den Agnaten für unveräußerlich zu achten ist, kommen die eventuellen Successionsrechte der letzteren nothwendig insofern in Betracht, als wenigstens eine Total-Veräußerung der Domänen für unzulässig gehalten werden muß. Auch hat die Theorie und Praxis zur Zeit des deutschen Reichs jederzeit der Familienrechte und der gemeiniglich coincidirenden reichslehensherrlichen Rechte sich angenommen[1]); und wenn schon die letztere Rücksicht jetzt weggefallen ist, und manche Schriftsteller, theils mit Rücksicht auf das von ihnen als Regel angenommene Staatseigenthum an den Domänen[2]), theils mit Rücksicht auf das unantastbare Recht der Souverainetät[4]) dem Nachfolger auch im obigen Falle keine Einsprache geben, so sind wir doch nicht berechtigt in dieser Beziehung den Standpunkt des alten Reichsrechts zu verlassen, da, wie wir gesehen haben, die Staatseigenschaft der Domänen nur eine Ausnahme, der Begriff der Souverainetät aber an sich auf die agnatischen Rechte ohne Einfluß ist[4]); wie denn selbst solche Schriftsteller, welche das Dogma der sog. Volkssouverainetät mit dem Wesen des erbmonarchischen Systems vereinbar halten (z. B. Boissy d'Anglas, Aretin, Murhard), nicht umhin können, anzunehmen, daß die ursprünglich vom Volke ausgehende Gewalt nicht blos einer einzigen Person

1) v. Kamptz, a. a. O., S. 234 u. 235.
2) Klüber, Oeffentl. Recht, §. 333.
3) Schmalz, Deutsches Staatsrecht, §. 289.
4) Von dem Einflusse der Souverainetät auf die Geltendmachung jener Rechte gegenüber von der Gesetzgebung siehe weiter unten.

Digitized by Google

(dem Monarchen), sondern auch deren rechtmäßigen Nachkommen verbindlich übertragen sei [1]).

Ein solches agnatisches Recht ist denn auch, zwar nicht in einem Urvertrage mit dem Volke, wohl aber in den Familiengesetzen des braunschweigischen Hauses, namentlich in dem Erbvergleiche v. J. 1635 und in dem brüderlichen Vertrage von 1636 (Art. 9) anerkannt, welche zugleich die Unveräußerlichkeit der Domänen ausdrücklich festgesetzt haben [2]). Gleichwohl glauben wir, daß der Inhalt des Staatsgrundgesetzes auch in dieser Beziehung sich werde rechtfertigen lassen. Dasselbe bestimmt §. 122:

„Sämmtliche zu dem königlichen Domanio gehörenden Gegenstände, namentlich Schlösser, Güter, Gefälle, Forsten, Bergwerke, Salinen und Activcapitalien machen das seinem Gesammtbestande nach stets zu erhaltende Krongut aus."

Eine Verletzung agnatischer Rechte würde in dieser Erklärung nur alsdann enthalten sein, wenn dieselbe eine Veräußerung involvirte, d. h. wenn dadurch dem Könige oder seinen Nachfolgern an der Regierung das Domanium entfremdet worden wäre. Allein nach dem, was wir bereits früher ausgeführt haben, kann hievon nicht die Rede sein; vielmehr ist das Eigenthum des Landesherrn und das eventuelle Successionsrecht der Agnaten lediglich unangetastet gelassen und nur hinsichtlich der Verwaltung und Verwendung das Eine und Andere angeordnet worden.

Indessen kommt man, was den vorliegenden Fall betrifft, ganz zu demselbem Resultate, mag man die Domänen als Staats- als Familien- oder als landesherrliche Güter betrachten. Im ersteren Falle versteht sich die Administration derselben durch die verantwortlichen Staatsbehörden und die Bestimmung ihres Ertrags zu den Staatsausgaben, wie solche in dem Grundgesetze angeordnet worden, von selbst. Im zweiten Falle aber müssen diese Bestimmungen aus dem Grunde aufrecht erhalten werden,

1) Vgl. Murrhard, Die Volkssouverainetät im Gegensatz der sog. Legitimität. Kassel 1832, S. 339 f.

2) Spittler, Gesch. Kalenbergs, a. a. O., Bd. VII, Bl. Nr. 7, S. 384. — Ribbentrop, Beiträge, I. S. 7, 81, 143 f. Damit stimmen überein die fürstlichen Testamente, namentlich des ersten Kurfürsten Ernst August v. J. 1686 (Stüve, Vertheidigung des Staatsgrundgesetzes des Königreichs Hannover, S. 248).



Digitized by Google

weil, wie früher gezeigt, dieselben zum Besten des Staats und des regierenden Hauses getroffen worden, in welchem Falle die älteren wie die neueren Rechtslehrer eine Veräußerung der Kammergüter jedenfalls auch für den Nachfolger verbindlich halten. Standen endlich die Domänen, wie oben bewiesen worden, schon zuvor im landesherrlichen Eigenthum, so ist durch das Grundgesetz in der Person des Eigenthümers lediglich nichts verändert, sondern nur diese durch das Prädicat „Krongut" näher bezeichnet und nebenbei die Verwendung der Domanialeinkünfte auf eine den bisherigen Rechten des Landesherrn und der landesherrlichen Familie entsprechende Weise festgesetzt worden.

### §. 5. Rechtsmittel des Nachfolgers wider die Handlungen des Vorfahren.

(Kann eine bestehende Landesverfassung oder ein Landesgesetz einseitig von ihm aufgehoben werden?)

Wir haben oben bei Prüfung der Einwendungen Sr. Majestät des Königs von Hannover wider das Grundgesetz die formellen und materiellen Einwürfe unterschieden. Derselbe Unterschied tritt auch hier wieder hervor. Wie nämlich bei jedem Rechtsgeschäfte in Betracht kommt die Form und der Inhalt, und auch ein in Hinsicht auf erstere ganz verbindlich eingegangenes Geschäft gleichwohl noch wegen des letzteren einer ganzen oder theilweisen Nullität oder Rescissibilität unterliegen kann, so läßt es sich denken, daß auch ein Gesetz und insbesondere ein Verfassungsgesetz, wenn schon in staatsrechtlicher Form zu Stande gekommen, doch in Hinsicht auf seine wesentlichen oder zufälligen Bestandtheile einer Anfechtung durch die Betheiligten ausgesetzt sei.

Zwar ist durch Verbindung der vormaligen Reichshoheit mit der Landeshoheit in den noch übrigen Territorien (Staaten) eine vollkommene politische Gewalt (Staatsgewalt) entstanden, welcher auch die fürstlichen Familienglieder unterworfen sind. Allein daraus folgt nicht, daß die Gesetzgebung jener Staaten aller natürlichen Grenzen, insbesondere der Rücksicht auf die wohlerworbenen Rechte der Agnaten überhoben sei. Auch die gesetzgebende Gewalt, mit Inbegriff der verfassunggebenden, hat, wenn sie nicht in Despotie, und zwar die allergefährlichste, weil unwiderstehliche, ausarten will,

Digitized by Google

gewisse Schranken anzuerkennen, und wiewohl man nicht mit Vollgraff [1]) gewisse Rechtsobjecte innerhalb des Staats geradezu für „gesetzunfähig", d. h. für untauglich, durch Gesetze bestimmt zu werden, erklären darf, so ist es doch legislatives Princip, erworbene Rechte (jura quaesita) gegen den Willen der Berechtigten nur alsdann aufzuheben, wenn das Gesammtwohl dies wirklich erheischt, und auch in diesem Falle nur unter möglichster Entschädigung [2]). Zu diesen Rechten gehört nun auch das Thronfolgerecht zuerst der männlichen und dann der weiblichen Mitglieder des durch Erbverbrüderung verbundenen braunschweigischen Gesammthauses und ebendamit die Anwartschaft auf das Eigenthum und den Genuß der königlichen Domänen.

Wir haben bereits ausgeführt, daß keines dieser Rechte im Grundgesetze verletzt worden. Indessen Se. Majestät der König von Hannover scheinen anderer Meinung zu sein, und es fragt sich daher: welche rechtliche Mittel stehen Denselben zu Gebot, diese Meinung durchzuführen?

Ständen wir noch in der Epoche des deutschen Reichs, so würde die Frage sich einfach lösen lassen, da bestrittene Rechte zwischen Regenten und Unterthanen als wahre Justizsachen vor die Reichsgerichte erwachsen waren, und nicht selten Fälle vorgekommen sind, wo Acte der landeshoheitlichen Gewalt nach gepflogener Verhandlung im Namen kaiserlicher Majestät aufgehoben oder durch vorläufige Mandate in ihrer Wirksamkeit suspendirt wurden [3]). Die Stellung der kaiserlichen Gewalt und das Mittel der Reichsgerichte machte diese Hülfe insbesondere möglich, wenn, was zuweilen vorkam, durch landesherrliche Verfügungen Rechte der Unterthanen oder der Agnaten gekränkt worden waren.

Allein diese Reichsgerichte nebst ihrer Quelle, der kaiserlichen Gewalt, sind nicht mehr; vielmehr ist die landesherrliche Gewalt eine dem Wesen nach unabhängige geworden, indem sie die Rechte der Reichsgewalt, so weit sie noch auf die Territorien wirkte, mit sich vereinigte, und namentlich die Rechte der Gesetzgebung und

1) Die historisch-staatsrechtlichen Grenzen moderner Gesetzgebungen. Marburg 1830. §. 23.

2) Klüber, Oeffentl. Recht, §. 550. — Maurenbrecher, Staatsrecht, §. 181.

3) Cramer, Wetzlarsche Nebenstunden, Th. 15, S. 21.



Digitized by Google

Gerichtsbarkeit als unveräußerliche Hoheitsrechte ausschließlich für sich in Anspruch nahm. Bei diesem Standpunkte der öffentlichen Gewalt in den einzelnen deutschen Staaten, insbesondere der gesetzgebenden müssen wir es als durchaus unzulässig erkennen, daß ein Landesgesetz durch eine andere Instanz, als die gesetzgebende Gewalt selbst, aufgehoben werde, da sonst die Souverainetät dieser Gewalt rein illusorisch wäre. Also nur eine Restitution, und zwar durch die Factoren der Gesetzgebung, d. h. die Regierung in Verbindung mit der grundgesetzlich eingerufenen Ständeversammlung, ist das Mittel, wodurch ein mittelst Gesetzes an Einzelnen verübtes materielles Unrecht wieder aufgehoben werden kann, und wodurch auch Seine Majestät einzig und allein Ihre materiellen Einwendungen wider das Grundgesetz rechtlich durchzuführen hoffen können, während, wenn dasselbe in ungültiger Form zu Stande gekommen wäre, Sie dasselbe allerdings als nichtig und dem Begriffe nach nicht vorhanden, wie jeder Andere, betrachten dürften. Insofern unterscheidet sich also allerdings das Gesetz des Staats und namentlich ein Vertrag zwischen dem Regenten und dem Volke von einem Privat-Rechtsgeschäfte, als Niemand, der dem Staate angehört, also der Gesetzesform unterworfen ist, sich der Gesetzeskraft aus innern Gründen entziehen, das Gesetz als Nicht-Gesetz betrachten kann, selbst wenn das behauptete materielle Unrecht das Wesen seines Inhalts und nicht blos einen Nebenbestandtheil desselben ausmachte. Dieß ergibt sich auch, abgesehen von dem Begriffe des Gesetzes, welches hier als Quelle und Gegenstand zugleich in Betracht kommt, aus der Natur der Staatseinrichtungen; denn wer sollte, falls irgend ein Unterthan behaupten wollte, er sei durch ein Gesetz verletzt, hierüber entscheiden? Der Richter innerhalb des Staats ist nicht competent, denn dieser steht, wie jedes andere Organ der vollziehenden Gewalt unter, nicht über dem Gesetze, das er in Anwendung zu bringen hat; er hat also, bevor er sich mit dieser Anwendung beschäftigt, blos zu prüfen, ob die Gesetzesform erfüllt, d. h. ob ein Gesetz vorhanden sei, nicht aber, ob das Gesetz selbst aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit, der Billigkeit, der Gerechtigkeit seinem Inhalte nach ihm gut dünke; denn dadurch würde er in das Geschäft des Gesetzgebers eingreifen, und, sofern jeder Richter im Staate hinsichtlich jener Fragen wieder eine andere Meinung haben kann, den Zweck der Gesetzgebung, die Rechtsanwendung zu erleichtern und die Einheit

Digitized by Google

und Ordnung im Staate aufrecht zu erhalten, geradezu unmöglich machen.

Hiermit stimmt auch überein das hannöversche Grundgesetz §. 37, worin hinsichtlich der Verletzung wohl erworbener Rechte unterschieden wird, ob solche von der Verwaltungsbehörde oder von der Gesetzgebung ausgegangen. Im ersten Fall steht dem Verletzten der ordentliche Gerichtsgang offen. Ist aber die Verletzung durch einen Staatsvertrag oder durch ein verfassungsmäßig erlassenes Gesetz bewirkt, so kann dieselbe nicht zum Gegenstande eines Rechtsanspruches gegen den Staat oder gegen Verwaltungsbehörden gemacht werden.

Noch weniger kann ein Staatsangehöriger, und stehe er auch auf einer noch so hohen Stufe der Gesellschaft, das Gesetz dieser Gesellschaft selbst beugen, sich an die Stelle des Gesetzgebers und Richters zugleich setzen, wenn nicht die Ordnung im Staate und der Werth jeder öffentlichen Einrichtung blosgestellt werden soll. Auch das Verhältniß Sr. Majestät als Regierungs-Nachfolgers begründet hierin keinen Unterschied; denn agnatische Rechte, welche in Ihrer Person verletzt worden sein sollen, sind nicht mehr wohlerworbene Rechte, als andere Rechte, und so gewiß die gesetzgebende Gewalt mit besonderer Rücksicht für jene Rechte zu verfahren hat, so wenig können doch solche von der Gesetzgebung überall ausgenommen sein; vielmehr ist es gerade das Gesetz (Princip der Legitimität), welchem Se. Majestät das Recht der Succession verdanken, welches Sie daher, indem Sie succediren und zur Theilnahme an der Gesetzgebung Sich berufen fühlen, um so mehr aufrechthalten und anerkennen, nicht aber seinem Wesen nach vernichten oder in Abrede stellen werden.

Zwar haben Seine Majestät Ihren Widerspruch gegen das Staatsgrundgesetz nicht schon als Agnat, sondern erst öffentlich erhoben, nachdem Sie die Regierung angetreten hatten. Allein da Dieselben aus Ihrer agnatischen Eigenschaft das Recht zum Widerspruch herleiten, und Sie in dieser Eigenschaft dem Gesetze Gehorsam schuldig waren, so folgt aus jenem Umstande für den Erfolg Ihres Widerspruchs lediglich nichts. Will man aber auch hiervon absehen und ebenso davon, daß der Regierungsantritt Sr. Majestät, als nicht in der verfassungsmäßigen Form (unter Anerkennung des Grundgesetzes) erfolgt, streng genommen keine rechtliche Wirkung

Digitized by Google

äußern konnte, so bleibt nichts desto weniger dasselbe wahr. Auch das monarchische Staatsoberhaupt in der constitutionellen Monarchie steht nämlich unter dem Gesetze; denn es ist nur einer der Factoren der Gesetzgebung *) und hat als Inhaber der Vollziehungsgewalt jedem Gesetze, so lange es ist, durch die verfassungsmäßigen Behörden, namentlich durch die Gerichte Achtung zu verschaffen. Dies gilt namentlich in Hannover ebensowohl nach dem Patente vom Jahr 1819, als nach dem Grundgesetze v. J. 1833. Ueberdies handelt es sich hier von Abänderungen in der Verfassung, wozu es nach dem constitutionellen Staatsrechte und insbesondere nach dem Staatsrechte Hannovers noch besonderer Formen bedarf.

Ein anderes Princip, wonach der Regent jeden Augenblick das Gesetz brechen oder sich an die Stelle des Richters setzen dürfte, wäre in der That für das Ansehen und die Wirksamkeit des Monarchen selbst nicht wünschenswerth.

Les lois sont les yeux du prince; il voit par elles ce qu' il ne

---

*) Wenn in der „Exposition" einiger Staatsdiener Sr. Majestät sich berufen wird auf eine höchste „Machtvollkommenheit", aus welcher das Grundgesetz aufgehoben worden, so ist hiegegen nur zu bemerken, daß eine plenitudo potestatis in diesem Sinne, d. h. eine despotische Willkür, welche Gesetze und Verträge für nichts achten dürfte, in dem deutschen Staatsrechte nicht anerkannt wird, und dem Art. 56 der wiener Schlußacte auf's Bestimmteste widerspricht. Zwar soll zu diesem §. von Hannover der Zusatz beantragt worden sein: „ausgenommen in solchen Punkten, die der Bundesacte und den neuen organischen Gesetzen des Bundes entgegenstehen möchten." Allein auch diese Ausnahme würde, wäre sie aufgenommen worden, nicht zu einseitiger Aufhebung des Grundgesetzes berechtigen, welches den Bundesgesetzen auf keine Art entgegen ist. Wenn sodann am Schlusse der Exposition als Grund, warum nicht erst der verfassungsmäßige Weg eingeschlagen worden, ausgehoben wird, daß derselbe der umständlichere (?) gewesen wäre, so möchte diese Rücksicht kaum auch nur politisch, geschweige rechtlich, entscheiden, da allzu rasche Aenderungen des Bestehenden, zumal einer ganzen Verfassung, sich nicht empfehlen und der „von Anbeginn sicher nicht geringe Eindruck des kräftigen und consequenten Auftretens der neuen und rein vaterländischen Herrschaft" gewiß ein noch erfreulicherer gewesen wäre, wenn mit der Kraft und Consequenz die Achtung vor dem Gesetze sich verbunden, und die Reihe eigener hannöverscher Könige, statt mit Vernichtung, mit Bekräftigung und Verbesserung vaterländischer Einrichtungen begonnen hätte.

Digitized by Google

pourrait pas voir sans elles. Veut il faire la fonction des tribunaux, il travaille non pas pour lui, mais pour ses séducteurs contre lui *).

Am wenigsten aber werden Seine Majestät König Ernst August ein solches despotisches Princip anzurufen geruhen, da Sie ja eben über eine vermeintliche Willkür Höchstihres Vorgängers in der Regierung Klage führen, welche durch eine neue willkürliche Handlung nicht gut gemacht werden könnte.

Es bleibt also für Seine Majestät nichts Anderes übrig, als den verfassungsmäßigen Weg einzuschlagen, um die behauptete Verletzung Ihrer agnatischen und Regierungs-Rechte geltend zu machen, d. h. eine Ständeversammlung nach den Bestimmungen des Grundgesetzes einzurufen, welche, wie wir nicht zweifeln, den vorgebrachten Beschwerden alle schuldige Aufmerksamkeit zuwenden wird.

Insbesondere gilt dies von der Behauptung Sr. Majestät, daß das Grundgesetz dem Gemeinwohle entgegen sei, daß dasselbe die königlichen Regierungsrechte verletze, und daß die agnatischen Rechte an den Domänen nicht geachtet werden.

Nur eine Frage bleibt hier noch übrig: ob nämlich Se. Majestät nicht etwa durch Berufung auf den deutschen Bund die obschwebende Angelegenheit zu einer rechtlichen Erledigung bringen könnten?

Nach der deutschen Reichsverfassung wären, wie gesagt, die Reichsgerichte in einem solchen Falle competent gewesen, und es kam je zuweilen vor, daß auch die Landesherren selbst, nicht blos ihre Stände, bei denselben Hülfe gesucht haben. Auch nach der heutigen Bundesverfassung können Streitigkeiten zwischen einer Regierung und ihren Unterthanen ausnahmsweise zu einer Entscheidung durch den Bund sich eignen. Doch hatten die Stifter des Bundes nicht sowohl eine Beschwerde der Landesregierungen gegen ihre resp. Unterthanen, als vielmehr den Fall im Auge, daß die Unterthanen eines Landes sich durch Maßregeln ihrer Regierung beschwert halten. Zwar ist nach der Schlußacte (Art. 57) der deutsche Bund, abgesehen von einer übernommenen besonderen Garantie, auch noch in dem Falle bei Streitigkeiten zwischen Regierung und Ständen als zuständig anzunehmen, wenn der Souverain eines Landes durch eine

*) Montesquieu, Esprit des lois, liv. VI, ch. 5.

Digitized by Google

landständische Verfassung nicht blos in der Ausübung bestimmter Rechte gebunden, sondern wenn ihm die Substanz des einen oder andern Regierungsrechts, z. B. die Gesetzgebung, entzogen worden wäre, ebenso nach Art. 61 in Verbindung mit Art. 26 und nach den Bundesbeschlüssen vom 28. Juni 1832, wenn die Streitigkeiten zwischen Regierung und Ständen in Widersetzlichkeit der Unterthanen gegen die Obrigkeit übergehen, oder die Stände der Erfüllung bundesverfassungsmäßiger Verbindlichkeiten ihrer Regierung hinderlich sein würden. Auch die Gesetzgebung der Bundesstaaten darf nach Art. 3 der ebengedachten Bundesbeschlüsse in diesen Beziehungen dem Bundeszwecke nicht entgegen sein *). Allein keiner dieser Fälle liegt in dem hannöverschen Grundgesetze vor, welches weder das monarchische Princip verletzt, noch den König in irgend einer Beziehung außer Stand setzt, den obhabenden Bundes- und Regentenpflichten nachzukommen. Ebenso wenig hat das Betragen der hannöverschen Unterthanen bis daher eine gefährliche Ruhestörung befürchten lassen. Wenn aber ein Grund zu dieser Befürchtung vorhanden sein sollte, so möchte derselbe jedenfalls nur darin gefunden werden, daß ein anerkannter öffentlicher Rechtszustand einseitig von Sr. Majestät geändert worden; was dem hohen Bunde allerdings Veranlassung geben könnte, von Amtswegen auf Beseitigung dieser Maßregel, als einer Quelle von Mißbehagen und Unzufriedenheit nicht allein für Hannover, sondern auch für das übrige Deutschland, bei Höchstdenselben anzutragen.

Also könnte nur etwa in schiedsrichterlicher Eigenschaft die Bundesversammlung zur Entscheidung über die Beschwerden Sr. Majestät zuständig werden, und möchte es in dieser Beziehung scheinen, als ob in dem am 30. Oct. 1834 vom Bunde eingeführten Schiedsgerichte das passendste Mittel zur Erledigung der obwaltenden Streitigkeiten gegeben sei, indem nach Art. 1 des in Frage stehenden Bundesbeschlusses jenes Gericht gerade für den Fall geordnet ist, daß in einem Bundesstaate zwischen der Regierung und den Ständen über die Auslegung der Verfassung oder über die Grenzen der bei Ausübung bestimmter Rechte des Regenten den Ständen eingeräumten Mitwirkung Irrungen entstehen sollten. Allein der Fall, wovon es sich zu Hannover handelt, ist doch wesentlich ein anderer, als der-

*) Reyscher, Publicist. Versuche, S. 204.

Digitized by Google

jenige, welcher hier vorausgesetzt wird. Es ist nämlich nicht blos eine der Verfassung v. J. 1833 gegebene verschiedene Auslegung oder überhaupt eine gewisse ständische Wirksamkeit in Folge dieser Verfassung von Seite königlicher Majestät beanstandet, sondern die Verfassung selbst aufgehoben worden, ohne auch nur die Meinung der verfassungsmäßigen Stände hierüber zu hören. Ferner sind die verfassungsmäßigen und mit den Gesetzen vereinbarlichen Wege zur Beseitigung der Irrungen keineswegs versucht worden, wie gleichwohl der genannte Art. 1 voraussetzt, indem die von Sr. Majestät einberufenen Stände weder der Verfassung v. J. 1819 noch der v. J. 1833 gemäß zusammengesetzt waren. Sodann kann das Bundesschiedsgericht nach Art. 3 des Bundesgesetzes und nach der Natur einer Compromißbehörde nur eingesetzt und wirksam werden, in Folge einer „Vereinbarung" beider Theile, d. h. einer übereinstimmenden Entschließung der Regierung und der competenten Stände. Nun sind aber die von Sr. Majestät berufenen Stände nicht das verfassungsmäßig competente Organ des Landes, also auch, wie solche selbst angenommen haben, nicht geeigenschaftet, eine Handlung als Stände vorzunehmen oder das angefochtene Grundgesetz in irgend einer Weise zu vertreten. Die competenten Stände können vielmehr nur eingerufen werden nach Maßgabe des Grundgesetzes; also müßte dieses, wenn je eine Vereinbarung hinsichtlich des Compromisses zu Stande kommen soll, erst von Sr. Majestät anerkannt und das Patent vom 1. November 1837 zurückgenommen werden.

### §. 6. Was würde gelten, wenn die Einwendungen wider das Staatsgrundgesetz begründet wären?

Die bisherige Ausführung hat gezeigt, daß weder die formellen noch die materiellen Einwürfe Sr. Majestät des Königs wider die rechtliche Gültigkeit der Verfassung v. J. 1833 gegründet sind. Zu den ersteren rechneten wir namentlich die Einrede der mangelnden Vertragsform, die Berufung auf den Art. 56 der Schlußacte und den Einwurf der Novation. Zu den letzteren die Einrede der Verletzung, insbesondere des Gemeinwohls und der agnatischen Regierungs- und Domanialrechte. Nehmen wir nun aber auch eine Weile an: diese Einwendungen wären ebenso gegründet, als sie es nicht sind, so würde darum doch nicht das ganze Grundgesetz, son-

Digitized by Google

dern nur ein Theil desselben, gegen welchen die Einwendungen gerichtet sind, der Anfechtung ausgesetzt sein, der übrige Theil aber ungefährdet fortbestehen *). Doch setzen wir selbst den äußersten Fall: das ganze Grundgesetz wäre wegen unheilbarer Mängel nichtig und ohne Wirkung, was wäre die Folge davon? Doch keineswegs eine völlige Verfassungslosigkeit oder ein Zustand, wie ihn die Handlungen Sr. Majestät voraussetzen, welche zwar in dem Patente v. 1. Nov. 1837 die Verfassung v. J. 1819 als die einzig rechtmäßige anerkannt, aber gleichwohl auch diese nicht wiederhergestellt, vielmehr zu ihrer Verbesserung eine allgemeine Ständeversammlung eingerufen haben, welche weder der alten noch der neuen Verfassung entsprach.

Nach dem Patente v. J. 1819 gehörte zur allgemeinen Ständeversammlung von Amtswegen das vormalige Schatzcollegium, eine aus sieben auf Lebenszeit von den Provinzialständen erwählten Deputirten und aus den beiden Generalsecretären der allgemeinen

---

*) In der „Exposition" wird gesagt: „Die Geschichte der Entstehung dieser Verfassung schloß die rechtliche Möglichkeit ihrer theilweisen Aufhebung aus." Allein der Vorbehalt der endlichen Entschließung in dem königl. Rescripte v. 11. Mai 1832 sollte ohne Zweifel nur eine theilweise Acceptation der königl. Zugeständnisse von Seite der Stände, nicht aber eine spätere partielle Anerkennung derselben von Seite der königl. Regierung ausschließen. Wichtiger wäre es, wenn die Stände von der Erfüllung einzelner unberücksichtigt gebliebener Wünsche die Verbindlichkeit des Ganzen abhängig gemacht hätten; allein dies scheint nicht geschehen zu sein; denn die Erklärungen einzelner Mitglieder der Versammlung, worauf die Exposition hinweist, machen noch keinen Beschluß und haben überdies bereits entschiedene und erledigte Dissens-, nicht aber diejenigen Punkte im Auge, wegen welcher zuletzt noch Meinungszwiespalt war.

Wären freilich die materiellen Beschwerden des jetzigen königl. Cabinets gegründet, und würden ihnen zu Folge die betreffenden Bestimmungen geradezu aus dem Grundgesetze entfernt, so würde ebendamit auch einer Reihe anderer Bestimmungen, wo nicht dem gesammten Grundgesetze, das vertragsmäßige Fundament entzogen; allein wie wir gesehen haben sind auch jene Beschwerden ungegründet, und wären sie gegründet, so dürfte darum doch das formell gültige Grundgesetz nicht einseitig angetastet, sondern es müßten erst auf verfassungsmäßigem Wege die nothwendigen Aenderungen eingeleitet werden, und hier hinge es nun allerdings von den Ständen ab, ob sie demungeachtet in das Uebrige consentiren wollten.

Digitized by Google

Ständeversammlung unter dem Vorsitze eines von dem König ernannten Präsidenten bestehende Behörde, deren Aufgabe es war, die Aufsicht über die General-Landescasse und die in solche fließenden Steuern zu führen und die in dieser Hinsicht, sowie in Beziehung auf das Landesschuldenwesen mit landesherrl. Genehmigung gefaßten ständischen Beschlüsse zu vollziehen. Dieses Schatzcollegium ist in Folge der durch das Grundgesetz v. J. 1833 angeordneten Vereinigung der königlichen und der Landescasse durch Verordnung vom 30. Juli 1834 aufgehoben und im Hinblick hierauf schon in dem Grundgesetze nicht mehr berücksichtigt worden. Bei Wiedereinrufung der alten Ständeversammlung hätte nun aber das Schatzcollegium nothwendig wieder eine Stelle in der Landesrepräsentation finden sollen, indessen heißt es dießfalls in der Proclamation:

„Da das Schatzcollegium aufgehoben worden ist, so können dessen Mitglieder, welche nicht nach dem Patente vom 7. Dec. 1819 sowohl in der ersten als in der zweiten Kammer der allgemeinen Ständeversammlung Sitz und Stimme hatten, als solche zu der allgemeinen Ständeversammlung nicht weiter zugelassen werden."

Es versteht sich aber von selbst, daß wenn die grundgesetzliche Organisation der Stände nicht mehr anerkannt wird, um so gewisser die frühere wieder einzutreten hat, und nicht nach Willkür Einiges von dem Grundgesetze beibehalten, Anderes entfernt werden darf, da, wenn das Grundgesetz nichtig ist, dasselbe ebensowenig als Quelle der Aufhebung wie des Bestands von Einrichtungen angezogen werden darf.

Auch die Organisation der Staatsverwaltung, wie sie das Edict vom 12. October 1822 *) geschaffen hatte, ist von Seiner Majestät willkürlich verlassen, das Cabinetsministerium von dem Staatsministerium getrennt und das Wichtigste, was von Regierungsanordnungen seither ausging, namentlich das Patent vom 1. Nov. 1837 durch das erstere erlassen worden. Vielleicht hält man uns entgegen, daß jene Organisation nicht mit der Verfassung zusammenhänge, sondern Sache der Gesetzgebung sei; allein auch in diesem Falle durfte doch nach dem Patente v. J. 1819 der ständische Beirath nicht umgangen werden. Insbesondere ist es höchst widersprechend, daß Se. Majestät, nachdem Sie die frühere Ver-

*) Pölitz, Europ. Verfassungen, Bd. I. S. 207.

Digitized by Google

fassung als einzig normirend betrachtet, gleichwohl weder das alte, auch noch im Grundgesetze aufrecht erhaltene Geheimeraths-Collegium als höchste Aufsichtsbehörde, namentlich über Verwaltung der Domänen, noch das vormalige Schatzcollegium nebst der besonderen Landescasse als fortbestehend anerkannt haben.

Allerdings, wenn man die Einwürfe wider die formelle Gültigkeit betrachtet, so lassen diese sich eben sowohl der Verfassung vom Jahr 1819 als der v. J. 1833 entgegensetzen; denn auch jene ist nicht mit vollem Consense der damaligen Stände, noch unter Mitwirkung der Agnaten eingeführt worden. Alsdann besteht aber in dem Königreich Hannover von Rechtswegen zwar keine allgemeine ständische Verfassung, wohl aber eine Anzahl provinzialständischer Einrichtungen, deren fortdauernde rechtliche Existenz schon vor dem Patente v. J. 1819 wiederholt von der königlichen Regierung anerkannt worden war, und welche nur darum auch nach diesem Patente nicht in eine umfassendere Wirksamkeit getreten sind, weil die wichtigsten altlandschaftlichen Rechte, namentlich das der Theilnahme an der Gesetzgebung und die Steuerbewilligung fast ausschließlich für die allgemeine Ständeversammlung in Anspruch genommen wurden.

Wollte man einwenden, daß die allgemeinen Stände diese Rechte nur in precärer Weise ausgeübt haben, sofern nämlich das Patent ebenso wie das Grundgesetz als nichtig denselben keine Rechte haben geben können, oder sofern das erstere als Privilegium zu betrachten und daher dem Widerrufe (?) ausgesetzt sei, so würde auch hieraus nichts gegen den rechtlichen Bestand, beziehungsweise das Wiederaufleben der alten Provinzialverfassungen folgen, da, wenn die beiden gemeinschaftlichen Verfassungen von 1819 und 1833 nichts gelten würden, auch die Uebertragung einzelner Rechte in denselben auf die allgemeinen Stände wirkungslos wäre. Also selbst wenn das Grundgesetz v. J. 1833 und das Patent v. J. 1819 als rechtliche Thatsachen dürften geläugnet werden, so würde zwar keine allgemeine ständische Verfassung in Hannover bestehen, wohl aber ein System von Provinzialverfassungen, das freilich noch sehr des Ordnens und Läuterns und wahrscheinlich wieder aller derjenigen Durchgangspunkte bedürfte, welche v. J. 1815 bis z. J. 1833 gefunden worden sind.

Sollten nun aber diese alten Provinzialverfassungen, bei welchen, wie Se. Majestät voraussetzen, die alten Lande sich so sehr

Digitized by Google

wohl befunden haben, den Ansichten Allerhöchstderselben eher zusagen, als die neue allgemeine Verfassung? Es scheint allerdings, daß jene Verfassungen, deren Wesen wir oben kennen gelernt haben (S. 5 f.), zu ihrer Zeit ganz tauglich gewesen, das Wohl der Unterthanen zu fördern, zumal bei dem guten Willen der kurfürstlichen Regierung, dieselben aufrecht zu erhalten und zum Segen für das Volk werden zu lassen. Allein wir haben bereits bemerkt (S. 19 und 20), daß die völlige Wiederherstellung der Provinzial-Stände in den alten und neuen Landen mit Rücksicht auf die veränderten Zeit-Verhältnisse und Zeit-Bedürfnisse staatlich unmöglich sei. Es kann also, gesetzt auch die Wünsche einzelner Provinzen und Stände wären auf eine derartige Restauration gerichtet, diese um des Ganzen willen nicht durchgeführt werden. Vielmehr gebietet der Staatszweck und die Rücksicht auf das Wohl der verschiedenen Bestandtheile des Königreichs, die politische Einheit, zu der sie jetzt verbunden sind, durchzubilden und zu benutzen zu gemeinschaftlicher Förderung der gemeinschaftlichen Interessen mittelst einer das Ganze umfassenden und daher auch das Ganze bindenden Verfassung, Gesetzgebung und Verwaltung. Es scheint auch auf keine Weise, daß die separaten Bestrebungen, welche nach Aufhebung des Grundgesetzes wieder erwacht sind, mit den Tendenzen des Cabinets völlig im Einklange stehen, oder daß dieses die Vortheile der Staatseinheit, insbesondere die Einrichtung einer allgemeinen Stände-Versammlung, welche man früher nicht kannte, mit dem Grundgesetze habe aus den Händen geben wollen.

Wenn es nun aber nicht das Dasein allgemeiner Stände ist, worin Seine Majestät eine schädliche Neuerung gefunden haben, so sehen wir in der That nicht ein, was Höchstdieselben durch die Rückkehr zu den erbländischen Verfassungen, welchen die alten Provinzialverfassungen der neu erworbenen Lande mit gleichem Rechte sich zur Seite stellen dürften, an Unabhängigkeit von ständischem Einflusse gewinnen sollten. Die ständische Zustimmung zu Gesetzen würde dadurch nicht umgangen werden; denn dieses Recht besaßen, wie wir gesehen haben, wenigstens einige Provinziallandschaften schon früher. Eben so wenig und aus demselben Grunde das ständische Recht der

Digitized by Google

Steuerverwilligung, welches überdieß auch von der jetzigen Regierung anerkannt ist. Eine wichtige Aenderung des Grundgesetzes war allerdings die Vereinigung der Domänen und der Landescasse; allein auch in dieser Beziehung würde die Wiederherstellung des alten Rechts Seiner Majestät keinen Vortheil bieten, und namentlich die beabsichtigte Erleichterung der ersteren Casse nicht erreicht werden, da die Folge davon nicht wäre, wie vorausgesetzt wird, daß die Regierungsausgaben ihr abgenommen und nur Zuschüsse zu denselben in die Landescasse zu geben sein würden, vielmehr, daß jene Ausgaben wieder, wie vormals, principaliter auf der Domänencasse lasteten.

Während das Patent vom 1. November 1837 und der Entwurf von 1838 in dieser Beziehung, angeblich um das Alte wiederherzustellen, dieses Alte geradezu auf den Kopf stellen, indem sie davon ausgehen, die Regierungsausgaben liegen der Steuercasse ob, und die Domänen haben nur Zuschüsse zu geben: soll nach dem königlichen Schreiben vom 15. Februar 1839 nun zwar eine Theilung derselben eintreten *), aber immer wieder unter der Voraussetzung, daß die Staatslast auf den Steuern ruhe und daher der Beitrag der Domänencasse zu den Kosten der Landesverwaltung sich von selbst mindere, respect. der Beitrag der Landes- (Steuer-) Casse sich mehre, wenn die Hofausgaben, z. B. für die nichtregierenden Mitglieder des königlichen Hauses (sonst hatte das Land nur bei der Vermählung einer Prinzessin die sogenannte Prinzessinsteuer von etwa 40,000 fl. zu geben), für die Schloßbauten (welche sonst das Land gar nichts angingen), sich erhöhen. Eine generelle Verpflichtung des Landes zu Deckung der Regierungsausgaben hat, wie hier wiederholt gesagt werden muß, früher nicht Statt gefunden, sondern nur eine singuläre oder ausnahmsweise Verpflich-

*) Nach welchen Grundsätzen getheilt werden soll, sieht man daraus, daß nach dem Postscriptum zu obigem Schreiben meist solche Ausgabeposten, welche ein Wachsthum versprechen, der Steuercasse gelassen werden und nebenbei die ganze Domanialschuld mit einem Nettobetrage von 4,700,000 Thlr.

Digitized by Google

tung zur Bestreitung einzelner vertragsweise übernommener Ausgaben. Das Grundgesetz ist hierin nun allerdings weiter gegangen, aber nur unter gewissen Garantien (Cassenvereinigung und Budgets-Einrichtung). Nach dem neuen Vorschlage des Cabinets würde dagegen die grundgesetzlich subsidiäre Verpflichtung der Stände zu Deckung der Regierungsausgaben acceptirt, aber ohne die beigefügten Bedingungen. Also doch das Grundgesetz, aber nur soweit es dem Cabinet nützlich, nicht auch sofern es ihm lästig ist! Daß die frühere Einrichtung unpassend und daß die Kräfte der Domänencasse unzureichend, wird nicht bestritten; aber eben darum schien die Vereinigung der beiden Cassen nothwendig, und, da auch die Steuerkräfte zu berücksichtigen sind, die Ueberzeugung von der Nothwendigkeit der Steuern, welche gewonnen wird durch ständische Controle. Unbillig ist es unter allen Umständen, den Ständen Namens des Landes Verwilligungen anzusinnen, ohne die gewonnene Einsicht von ihrer Nothwendigkeit. Betrachten wir aber die Sache bloß juristisch, so hat das Cabinet, falls das Grundgesetz ungültig sein sollte, nicht die Wahl, wie weit der Zustand vor demselben herzustellen, sondern es hat sich ganz an dasjenige gebunden zu halten, was damals Rechtens gewesen, bis es auf verfassungsmäßige Weise abgeändert ist.

Zu diesen vorgrundgesetzlichen Einrichtungen gehört namentlich auch das Schatzcollegium, welches nun nach den k. Schreiben v. 15. Febr. 1839 zwar wiederhergestellt werden soll, aber erst wenn die Cassentrennung vollständig ausgeführt ist. Auch diese Zusage genügt nicht; denn abgesehen davon, daß zur Ausführung dieser Trennung an sich schon die Wirksamkeit jenes Collegiums erwünscht sein müßte, bedarf es unter Voraussetzung der Richtigkeit der grundgesetzlichen Einrichtungen nicht erst einer neuen Herstellung des früheren Zustandes, sondern dieser Zustand besteht vielmehr noch jetzt rechtlich fort. Wie also die Domänencasse und die Landescasse von selbst wieder in ihre alten Rechte und Verbindlichkeiten eingesetzt sind, so ist dem Schatzcollegium, wie vormals, die Landescasse anzuvertrauen, und nur eine Abrechnung wegen der mehrjährigen gemeinschaftlichen Verwaltung zwischen der Kammer auf der einen, und dem Schatzcollegium auf der andern Seite erforderlich.

Digitized by Google

### §. 7. Rechtliche Schutzmittel wider den Nachfolger.

Die bisherige Ausführung hat gezeigt, daß das Grundgesetz des Königreichs Hannover v. 26. Sept. 1833 noch jetzt formell zu Recht bestehe, und daß die materiellen Einwendungen Sr. Majestät des Königs wider dasselbe nur auf verfassungsmäßigem Wege, d. h. in Uebereinkunft mit den grundgesetzlichen Ständen eine rechtliche Erledigung finden können.

Seine Majestät haben diesen Weg bisher nicht eingeschlagen, sondern, nachdem Sie gleich bei Uebernahme der Regierung die Anerkennung des Grundgesetzes verweigert hatten, eine aus mehreren königlichen Dienern bestehende Immediat-Commission zur Prüfung desselben niedergesetzt und in Folge des von dieser erstatteten Berichts, welcher jedoch nicht zur Oeffentlichkeit gelangt ist, Sich unmittelbar Recht dadurch verschafft, daß Sie mittelst Patents vom 1. Nov. 1837 das Grundgesetz ohne Weiteres aufhoben, und einen Zustand einführten, von dem Sie behaupteten, daß er der frühere und einzig rechtmäßige sei.

Wir haben bereits oben bemerkt, daß diese von Sr. Majestät beabsichtigte Selbstrestitution keineswegs im vollen Sinne auch nur eine factische Restitution zu nennen ist, indem wichtige Einrichtungen, welche die vorgrundgesetzliche Verfassung und Gesetzgebung in sich schloß, wie z. B. das Schatzcollegium, nicht wiederhergestellt worden sind, und es war deshalb die Bitte des osnabrücker Magistrats in seiner Eingabe an die Bundesversammlung vom 19. März 1838 subsidiär dahin gerichtet, daß, wenn auch das Grundgesetz selbst nicht wiederum in Wirksamkeit sollte gesetzt werden können, alsdann wenigstens die Verfassung vom J. 1819 in voller Integrität zurückgegeben werde, bevor Verhandlungen über die neue Verfassung des Königreichs zugelegt werden. Allein auch diese Bitte ist mit dem auf Schutz im Besitze des Grundgesetzes gerichteten Hauptgesuche durch Beschlüsse der Bundesversammlung vom 6. Sept. 1838 deshalb abgewiesen worden, weil in dem vorliegenden Falle ihre Legitimation zur Beschwerdeführung in den Bestimmungen der deutschen Bundes- und der Schluß-Acte nicht begründet sei. Ebenso wenig hatte eine von dem osnabrücker Magistrat schon früher bei Sr. Majestät geziemend vorgebrachte Bitte, dem hohen Bunde die Entscheidung in

Digitized by Google

der Verfassungssache zu überlassen, Gehör gefunden, noch haben Seine Majestät seither in Folge der von den verschiedensten Seiten zu Gunsten des Grundgesetzes laut gewordenen Bedenken und Wünsche selbstwillig eine Aenderung in Ihren Maßregeln getroffen.

Der gegenwärtige öffentliche Rechtszustand im Königreiche Hannover ist somit, soweit er auf den Maßregeln Sr. Majestät gegen das Grundgesetz beruht, ein rein willkürlicher, und es ist nicht mehr die Frage: ob derselbe auf rechtlichen Werth Anspruch zu machen habe? welche Frage nach dem Obigem nur verneint werden kann, sondern: welche rechtliche Mittel stehen den Unterthanen jenes Königreichs und den sie vertretenden Magistraten zu Gebot, um sich im Besitze des Grundgesetzes zu schützen?

Es ist wahr, die heutigen Verfassungen haben weniger Bürgschaften für sich, als die alten, welche gestützt auf eigentliche Stände, insbesondere auf eine Anzahl vielfach selbstständiger Corporationen, ohne deren freiwillige Beihülfe nichts Erhebliches ausgeführt werden konnte, den Landesherrn von selbst in einer gewissen Abhängigkeit erhielten, während die heutigen Stände, einer eigentlichen ständischen Grundlage entbehrend, blos durch das sogen. Repräsentativ-Princip eine Bedeutung erhalten, die sie aber einzig und allein in der vom Landesherrn einberufenen und entlaßbaren Versammlung geltend machen können. Die alten Stände hatten ferner einen häufig wirksamen Schutz zu erwarten bei den Reichsgerichten, während das Beschwerderecht der heutigen Stände am Bundestage, auch so weit solches anerkannt ist, vom Landesherrn jederzeit dadurch unwirksam gemacht werden kann, daß er die Ständeversammlung als das Organ des Landes auflöst und nicht wieder einberuft.

Dennoch dürfen die Unterthanen gegenüber von dem Regenten nicht als rechtlos oder schutzlos angesehen werden; vielmehr kommen denselben immer noch mehrere Schutzmittel zu statten:

1. sind es die Staatsdiener, welche ebenso wie die alten Ministerialen ihnen in gewisser Beziehung schützend zur Seite zu stehen haben, indem sie dem Lande dafür verantwortlich sind, daß die Verfassung eingehalten werde *). Namentlich liegt eine

*) Hannöv. Grundgesetz, §. 161.



Digitized by Google

solche Verantwortlichkeit ob den höchsten Beamten des Staats, den Ministern [1]). Zwar kann auch das dieser Dienstpflicht correspondirende Recht der Stände auf Anklage verfassungswidrig handelnder Departements-Vorstände [2]) nicht ausgeübt werden ohne das Vorhandensein einer klagenden Ständeversammlung. Allein dadurch, daß eine Klage gegen die öffentlichen Diener möglicher Weise vereitelt werden kann durch eine neue verfassungswidrige Willkür, wird die Pflicht und das Recht dieser Diener zur Aufrechterhaltung der Verfassung so wenig aufgehoben, als durch die einseitige Handlung des Staatsoberhauptes, wodurch dieser die Verfassung für nichtig und die Staatsdienerschaft ihres Eides auf dieselbe für entbunden erklärt. Das Grundgesetz des Königreichs Hannover vom 26. Sept. 1833 ist daher noch jetzt, wie vor dem Patente vom 1. Nov. 1837, Quelle verschiedener Rechte und Pflichten, wie für Seine Majestät den König selbst, so auch für Höchstderselben und Ihres Landes Diener und Obrigkeiten. Insbesondere kann nach demselben kein Civilstaatsdiener seiner Stelle willkürlich entsetzt und die völlige Entlassung vom Richteramte nur durch Urtheil und Recht verfügt werden [3]) (§. 163).

2. Auch der staatsbürgerliche Gehorsam (obsequium civile) ist keine unbedingte, sondern eine durch die Verfassung bedingte Pflicht (verfassungsmäßiger Gehorsam), und wenn schon dies das hannöversche Grundgesetz nicht, wie z. B. die württembergische Verfassungsurkunde, ausdrücklich hervorhebt, so versteht es sich doch von selbst, da jedes Recht, also auch das auf Gehorsam, nur gedenkbar ist, unter der ihm zur Seite stehenden Verpflichtung, die Rechte Anderer zu achten, und niemand verbunden sein kann, der nicht selbst auch Rechte hat, insbesondere gegen denjenigen, der ihn verpflichtet. Endlich

3. ist man wohl anzunehmen berechtigt, daß auch der Schutz,

---

1) Mohl, Die Verantwortlichkeit der Minister. Tüb. 1837.

2) Grundgesetz, §. 151, 152.

3) Der neue Verfassungsentwurf, §. 163, beschränkt den letzteren Grundsatz auf solche königliche Diener, welche lediglich ein Richteramt bekleiden. Damit wäre derselbe für die untere Instanz, wo die Trennung der Justiz von der Verwaltung noch nicht durchgeführt ist, unanwendbar gemacht.

Digitized by Google

welchen die Bundesgesetze den bestehenden Landesverfassungen zusagen, nicht blos von der allgemeinen Ständeversammlung, sondern auch von den Provinzial-Versammlungen, einzelnen Körperschaften und Unterthanen angesprochen werden darf. Zwar ist in neuester Zeit von dem hannöverschen Cabinet die Competenz des Bundes in der dortigen Verfassungssache überhaupt in Zweifel gestellt worden; allein mit Unrecht; denn wenn auch der Art. 56 der Schlußacte dieselbe nicht unmittelbar ausspricht, sondern nur den allgemeinen Satz aufstellt, daß eine in anerkannter Wirksamkeit bestehende Landesverfassung nur auf verfassungsmäßigem Wege wieder aufgehoben werden könne: so erhält doch die Aufnahme dieses an sich unzweifelhaften staatsrechtlichen Grundsatzes in ein Grundgesetz des Bundes nur Bedeutung in der Voraussetzung, daß die Anerkennung desselben zur Bundespflicht habe gemacht werden wollen. Dieß wird denn auch bestätigt durch die Verbindung, in welcher der Art. 56 mit den vorangehenden Art. 54 und 55 und mit den nachfolgenden Art. 57—62 steht. Alle diese Artikel haben, wie namentlich aus dem Eingange des Art. 62 hervorgeht, die Vollziehung des Art. 13 der Bundesacte zum Gegenstande, wonach in allen Bundesstaaten landständische Verfassungen stattfinden sollen; und wenn schon nach Art. 55 den souverainen Fürsten überlassen ist, diese innere Angelegenheit mit Berücksichtigung sowohl der früherhin gesetzlich bestandenen ständischen Rechte, als der gegenwärtig obwaltenden Verhältnisse zu ordnen, so fügen doch die Art. 56—59 mehrere Beschränkungen, theils zum Schutze wohlerworbener verfassungsmäßiger Rechte, theils zur Aufrechthaltung des monarchischen Princips und der unmittelbaren Bundeszwecke hinzu, in welchen Beziehungen also den Landesfürsten nicht freie Hand gelassen ist. Ergäbe es sich nun auch nicht von selbst, daß die Bundesversammlung über Vollziehung dieser wie anderer Bundesbestimmungen zu wachen habe*), so müßte dieß doch aus dem Art. 54 jener Urkunde, welcher den die Entwicklung des Art. 13 der

*) Art. 31 der Schlußacte. Vergl. Prov. Competenzbestimmungen der Bundesversammlung v. 12. Juni 1817, §. 4, Nr. 3 (bei Klüber, Quellensammlung, 3. Aufl. S. 237); Executionsordnung, Art. 1 (Klüber S. 297).



Digitized by Google

Bundesacte betreffenden Bestimmungen voransteht, gefolgert werden, worin der Bundesversammlung ausdrücklich zur Pflicht gemacht ist, über Vollziehung jenes Artikels zu wachen; ebenso aus Art. 61 der Schlußacte, worin außer dem Falle der übernommenen besondern Garantie eine Einwirkung der Bundesversammlung in landständischen Angelegenheiten namentlich zum Zweck der Aufrechthaltung der über den 13. Artikel der Bundesacte hier (Art. 54—59) festgesetzten Bestimmungen gestattet ist. Zwar könnte es scheinen, daß bei dieser Auslegung der Art. 60 der Schlußacte seine Bedeutung verliere, wonach die Bundesversammlung durch Uebernahme der besonderen Garantie für eine landständische Verfassung die Befugniß erhält, auf Anrufung der Betheiligten die Verfassung aufrecht zu erhalten und die über Auslegung oder Anwendung derselben entstandenen Irrungen beizulegen. Allein zwischen der allgemeinen Garantie, welche nach den Bundesgesetzen jede landständische Verfassung zu genießen hat, und dem besonderen Schutze, welchen die Bundesversammlung vertragsmäßig übernimmt, besteht immer noch der Unterschied, daß im letzteren Falle die Bundesversammlung auf Erfordern die garantirte Verfassung unmittelbar auszulegen und in allen ihren einzelnen Bestimmungen aufrecht zu erhalten hat, während im ersteren Falle nur die Bundesgesetze unmittelbar zu vollziehen, und demgemäß bei Streitigkeiten über Auslegung einer Landesverfassung nicht zu interveniren ist. Für solche Fälle dient jetzt im Falle der Vereinbarung das Bundesschiedsgericht.

Wann und aus welcher Veranlassung von Bundeswegen einzuschreiten sei, ergiebt sich aus Art. 53 der Schlußacte, worin zwischen den im ersten und den im zweiten Abschnitte der Bundesacte enthaltenen Bestimmungen unterschieden und in Beziehung auf letztere, wohin namentlich auch der Artikel 13 der Bundesacte gehört, der Bundesversammlung auferlegt ist, die Erfüllung der dadurch von den Bundesregierungen übernommenen Verbindlichkeiten zu bewirken, wenn sich aus hinreichend begründeten Anzeigen der Betheiligten ergebe, daß dieselbe nicht stattgefunden habe. Wird nun aber den Betheiligten ein Beschwerderecht wegen mangelnder Vollziehung der Bundesacte eingeräumt, so ist dasselbe ohne Zweifel auch hinsicht-

Digitized by Google

lich der Ergänzungen und Erläuterungen zu behaupten, welche dieser Artikel durch die Schlußacte erhalten hat.

Wer unter „Betheiligten" zu verstehen ist, wird in der Schlußacte nicht gesagt. Ebendarum darf aber dieses Wort nicht beschränkend, sondern dem gemeinen Sprachgebrauch gemäß ausgelegt werden. Betheiligt (Interessent) ist bei einem Verfassungszustande nicht blos die Gesammtheit des Landes, welche durch die allgemeine Ständeversammlung vertreten wird, sondern auch die einzelnen Provinzen, Corporationen und Unterthanen, welche sämmtlich theils allgemeine, theils besondere Rechte aus dem Grundgesetze geltend zu machen, theils wenigstens eine Garantie ihrer Rechte in dem verfassungsmäßig gesicherten Rechtszustande zu suchen haben. Wenn schon daher da, wo Rechte des Landes von der Regierung gefährdet sind, die allgemeine Ständeversammlung das natürliche Organ ist, um dieselben geltend zu machen, so schließt dieß doch ein Beschwerderecht der einzelnen Provinzen und Corporationen nicht aus, wofern entweder besondere Interessen dieser verletzt oder allgemeine Stände gar nicht vorhanden sind. Wäre dieses nicht anzunehmen, so gäbe es da, wo der Art. 13 noch nicht vollzogen ist, gar kein Beschwerderecht, und andererseits hätte, wo eine ständische Verfassung besteht, die Regierung ihren Widerspruch mit den Bundesgesetzen nur auf das Aeußerste zu steigern, indem sie dieselbe aufhebt, um gegenüber von dem Bunde gesichert zu sein. Daß ein solcher Widerspruch nicht im Sinne der Bundes- und der Schlußacte liege, bedarf keines Beweises. Auch hat die hohe Bundesversammlung nicht nur im Allgemeinen in den provisorischen Competenz-Bestimmungen vom 12. Juni 1817 [1]), sondern auch in mehreren besonderen Fällen [2])

---

1) §. 5, Nr. 1 (Klüber, a. a. O., S. 239): „Insofern die Bundes- oder Congreßacte für Einzelne, für Corporationen oder ganze Classen Bestimmungen und Hinweisungen enthält, deren nähere vollkommene Entwicklung der Bundesversammlung vorbehalten ist, so haben diese allerdings ein wohlbegründetes Recht, deren Berichtigung bei dem Bundestag in Anregung zu bringen, sowie Anträge und Vorschläge desfalls zu übergeben." Vgl. §. 4, Nr. 5.

2) Z. B. bei dem Gesuche einiger Prälaten und Ritter des Herzogthums Holstein um Wiederherstellung der landständischen Verfassung v. J. 1823. Klüber, Quellensammlung.

Digitized by Google

ihre Zuständigkeit in dergleichen Verfassungsstreitigkeiten auf den Grund des Art. 61 der wiener Schlußacte und die Competenz einzelner Betheiligten zur Beschwerde in solchen Fällen anerkannt.

## IV. Wie weit geht die Pflicht des Gehorsams, beziehungsweise das Recht des Widerstandes gegen die Staatsgewalt?

### §. 1. Von dem Unterthanen-Gehorsam.

#### A. Von den Grenzen des Gehorsams und Widerstandes der Unterthanen im Allgemeinen.

Wie der Staatszweck und die verfassungsmäßigen Befugnisse der Obrigkeit ihre Grenzen haben, so auch der Gehorsam der Unterthanen, welche in dieser Eigenschaft nicht aufhören Menschen und Staatsbürger zu sein. Zwar meint Schmalz[1]), daß, wenn schon die Regierung des Staats nur Gesetze geben und befehlen könne in Dingen, die den Zweck des Staats angehen, doch auch ein Unrecht, welches der Souverain einem Unterthan zufüge, diesen von der Pflicht des Gehorsams nicht entbinde; allein so allgemein ausgedrückt würde dieser Satz wieder zu dem von Hobbes[2]) gelehrten Despotismus führen, wonach der Unterthan selbst den unbefugten Mord der nächsten Angehörigen still dulden müßte, sofern er nur von oben geboten wird; und doch ist auch Hobbes genöthigt, in einem Falle den Ungehorsam zu gestatten: wenn nämlich von dem Unterthan verlangt werde, selbst Hand an sich oder seinen Vater zu legen. Die Hobbes'sche Theorie hat längst ihre Widerlegung gefunden, unter Anderen in P. J. A. Feuerbach[3]); und wenn Schmalz aus der Pflicht gegen die übrigen Staatsbürger, welche doch nothwendig gleichfalls ihre

---

1) Das deutsche Staatsrecht, §. 318 u. 319.

2) De cive, cap. VI, §. 13.

3) Anti-Hobbes, oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn. Gießen 1797. — Vgl. Fr. Murrhard, Ueber Widerstand, Empörung und Zwangsübung der Staatsbürger gegen die bestehende Staatsgewalt. Braunschweig 1832, S. 126 f.

Digitized by Google

Grenzen hat, einen unbegrenzten Gehorsam ableitet, so hat er damit eben sowohl das Rechtsgebiet verlassen, als wenn Hobbes mit der Pflicht christlicher Duldung (ire ad Christum per martyrium) denselben herstellen will.

Auf der andern Seite gehen diejenigen zu weit, welche, wie R. Mohl[1]) Unbotmäßigkeit und äußersten Falls selbst thätigen Widerstand gegen jeden verfassungs- oder gesetzwidrigen Befehl der Obrigkeit, ohne Unterschied des bedrohten Guts, einräumen und sogar behaupten: die Befolgung eines solchen Befehls sei nicht nur nicht Pflicht, sondern sogar Verbrechen gegen den Staat. Ein Verbrechen könnte der Gehorsam nur dann sein, wenn der Beamte einen Bürger zum Mitschuldigen an einem Angriffe auf den Staat oder die Rechte Dritter machte; nicht aber, wenn materiell blos der gehorsame Bürger selbst darunter leidet. Aber auch das Recht zum activen und passiven Widerstande darf nicht so umfassend gedacht werden; denn wenn ohne Unterschied jede gesetzwidrige Handlung der Obrigkeit zum Widerstande berechtigte, so würde, da gesetzwidrige Handlungen der Beamten auch im besten Staate nicht selten vorkommen, gar häufig die vor Allem nöthige Ruhe und Ordnung, also der Zweck, wozu Alle vereinigt sind, von Rechts wegen gefährdet werden. Die meisten Staatshandlungen sind nun aber von einer solchen Beschaffenheit, daß der gewöhnliche Bürger deren Gründe nicht zu würdigen weiß. Wollte man diesem gestatten, sein unzuverlässiges Urtheil dem competenten Urtheile der Obrigkeit auf die Gefahr einer künftigen Untersuchung hin entgegenzustellen, so würden selbst vollkommen gesetzmäßige und gemeinnützige Handlungen der Staatsgewalt Gefahr laufen, an dem Widerstande Einzelner, die sich in ihren Rechten gekränkt halten, zu scheitern. Das Recht des Widerstandes kann also schon aus diesem Grunde nicht unbedingt zugegeben werden[2]). Aber nicht blos eine oberflächliche politische Betrachtung führt zu der nothwendigen Beschränkung des Widerstandsrechts der Unterthanen, sondern auch die allgemeinen Grundsätze von der Nothwehr, wie sie in der Praxis gehandhabt

1) Württembergisches Staatsrecht, §. 66.

2) Reyscher, Publicistische Versuche, S. 285.

werden. Hiernach wird es allerdings für erlaubt gehalten, unerlaubte Angriffe auf Perſonen und Güter, zu deren Abwendung die Aufforderung obrigkeitlicher Hülfe unmöglich oder unzureichend iſt, durch Privatgewalt abzuwenden; aber die Anwendung der letzteren in anderen Fällen, namentlich dann, wenn ſie zur Vertheidigung nicht nothwendig iſt (weil noch ein leichteres Mittel zu Gebot ſteht), wird nicht entſchuldigt, ſondern beſtraft. Ebenſo wird zur Begründung des äußerſten Rechts der Nothwehr von Manchen gefordert, daß die Gewalt angewandt werde zur Erhaltung eines erſetzlichen oder wenigſtens leicht wieder erbringlichen Guts [1]; während allerdings die Meiſten keinen Unterſchied machen, und annehmen, daß es auf den Inhalt des angegriffenen Rechts nicht ankomme, und insbeſondere auch zum Schutze des Eigenthums die Nothwehr zuläſſig ſei [2].

Die Praxis des württembergiſchen Obertribunals hat jene Limitation der Privat-Nothwehr angewandt auf das Recht des Staatsbürgers zum Widerſtande, und erkennt ein ſolches Recht nur in den beiden Fällen an, wenn der verlangte Gehorſam entweder ein unzweifelhaftes Verbrechen involviren oder einen großen unerſetzlichen Schaden für denſelben zur Folge haben würde [3].

Allein ſelbſt mit dieſer Beſchränkung wird man das Recht zum Widerſtande gegen die Obrigkeit mit Rückſicht auf den Staatszweck, welchem ja auch in ſonſtigen Fällen Privatrechte zu opfern ſind, nicht zugeben können. So bedroht z. B. ein auf ungenügenden Verdacht hin ergangener Verhaftbefehl des Richters ein unerſetzliches Gut, die Freiheit, und doch muß man annehmen, daß in einem Falle, wo auf Seiten des Bürgers ſo leicht Täuſchung möglich, ein Verzug in Vollziehung des obrigkeitlichen Befehls aber unzuläſſig, dem Einzelnen Widerſtand nicht geſtattet ſein könne [4], daß alſo derſelbe, wofern er ſich widerſetzt, ſchon darum ſtrafbar ſei, weil er ſich widerſetzt, wenn gleich als mildernd das obrigkeitliche Verſehen allerdings in Betracht kommen wird.

1) Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen peinlichen Rechts. 12te Ausgabe von Mittermaier. Gießen 1836, §. 38. — Entwurf eines hannöverſchen Strafgeſetzbuchs, Art. 92 (verbeſſerter Entwurf Art. 90).
2) Wächter, Strafrecht, Theil I, S. 88, wo auch weitere Literatur.
3) Knapp, Württemb. Criminalrecht, II, S. 204.
4) Reyſcher, a. a. O., S. 286.

Digitized by Google

Ueberhaupt ist das Verhältniß der Unterthanen zur Staatsgewalt ein anderes, als das der Einzelnen unter sich. Indem der Einzelne der Staatsgewalt sich unterwirft, untergiebt er sich zugleich den Anordnungen dieser Gewalt, ohne sich eine besondere Prüfung oder Genehmhaltung derselben von seinem Standpunkte aus vorzubehalten. Richtig sagt daher Feuerbach [1]):

„Sollte erst das Urtheil der Unterthanen über die Gültigkeit oder Ungültigkeit der auf die Wahl der Mittel zum Staatszweck gerichteten Willensbestimmungen des Oberherrn entscheiden, so wären die Unterthanen über dem Oberherrn, und es wäre kein Wille vorhanden, welcher die geforderte Einheit in den Willensbestimmungen der einzelnen Gesellschaftsglieder bewirken könnte." — „Wollen demungeachtet dieselben sich seinen Befehlen und Verfügungen entziehen, oder gar mit Gewalt der Waffen sich denselben entgegensetzen, so handeln sie als Beleidiger der höchsten Gewalt, als Rebellen gegen den Unterwerfungs-Vertrag und dürfen wie Rebellen gestraft und gezüchtigt werden."

Hieraus folgt, daß, wofern nur nicht gegen die Verfassung oder offenbare Gesetze, wodurch die regierende Macht selbst ihre Bestimmung erhält, gehandelt worden, der einzelne Unterthan jene Macht nicht in ihrer Wirksamkeit aufhalten oder ihr den Gehorsam weigern darf, daß aber der Regent, wenn er den in der Verfassung und in bestimmten Gesetzen des Staats übernommenen Verbindlichkeiten entgegenhandelt, in Beziehung auf diejenige Handlung, wodurch er diese Verletzung begeht, aufhört Regent zu sein, wenn er gleich bei anderen rechtmäßigen Handlungen wieder als Oberhaupt des Staats anerkannt und geachtet werden muß [2]). Unter den Begriff einer Gesetzesverletzung fällt zwar auch eine Gesetzesüberschreitung durch die Regierung; denn auch, wenn das Organ der Gesetzesvollziehung die ihr vorgezeichnete Grenzlinie nicht einhält, handelt sie gegen das Gesetz; nur wird man, da andererseits der vollziehenden Gewalt möglichst freier Spielraum zu lassen ist und ihre Hand-

1) Anti-Hobbes, S. 56. 58.

2) Vgl. Feuerbach, a. a. O., S. 92 f. — Voß, Handbuch der allgem. Staatswissenschaft, Th. I, S. 478.

Digitized by Google

lungen nicht von dem subjectiven Urtheile einzelner Betheiligten abhängig gemacht werden dürfen, zweifelhafte Gesetzes-Uebertretungen, insbesondere bloße Fehler in dem ihr eigenthümlichen Geschäfte der Subsumtion unter das Gesetz, nicht als Motive des Widerstandes gelten lassen dürfen.

Und selbst bei klaren Verfassungs- und Gesetzesverletzungen ist die Vertheidigung der eben dadurch verletzten Rechte des Staats unter Repräsentativeinrichtungen zunächst der dafür vorhandenenen Volksrepräsentation, der Ständeversammlung, zu überlassen, und erst, wenn diese nichts ausrichtet, oder in Unthätigkeit versetzt ist, oder wenn Gefahr auf dem Verzuge haftet, erwacht in dem Einzelnen wieder das Recht zur Selbstvertheidigung, das er aber jederzeit nur in den Grenzen der Nothwehr (moderamen inculpatae tutelae) ausüben darf.

Dasselbe Recht der Selbsthülfe, welches die Einzelnen haben, kommt auch den Körperschaften zu [1]).

Mit all' diesem stimmt das positive Strafrecht überein. Gemeinrechtlich wird zum Begriffe des strafbaren Ungehorsams und der Widersetzung gegen die Obrigkeit wesentlich gefordert, daß die obrigkeitliche Anordnung, welcher man sich widersetzt, für den Widersetzenden verpflichtend, folglich wenigstens formell rechtmäßig gewesen sei [2]).

Andere beschränken zwar den Begriff der Widersetzung nicht auf diese Weise; allein auch sie geben zu, daß der Ungehorsam unter Umständen rechtlich sei: wenn nämlich der obrigkeitliche Befehl ein offenbares Unrecht enthalte [3]).

Ebenso der jetzt verabschiedete Entwurf eines württembergischen Strafgesetzbuchs, welcher zwar in der Ungesetzlichkeit der vorausgegangenen obrigkeitlichen Verfügung nur einen Milderungs-, keinen Straf-Aufhebungs-Grund findet [4]), gleichwohl aber, wie aus den gedruckten Motiven hervorgeht, die Fälle der Nothwehr ent-

---

1) Voß, a. a. O., S. 508. 513.
2) Klein, Grundsätze des peinlichen Rechts, §. 516.
3) Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft, §. 254. 256. — Gönner, Rechtsfälle, Bd. 1, S. 458. 464. 471.
4) Der frühere Entwurf hatte letzteren bei offenbarer Ungesetzlichkeit angenommen.

Digitized by Google

schuldigt, wie namentlich, wenn eine obrigkeitliche Person sich soweit vergessen sollte, daß sie einem Untergebenen durch eine ungerechte Verfügung einen unersetzlichen moralischen oder physischen Schaden zufügen würde[1]). Welcher Schaden unersetzlich sei, kann freilich im einzelnen Falle zweifelhaft sein. Indessen erkennt sowohl der württembergische[2]), als der hannöversche Entwurf eines Strafgesetzbuches[3]) ausdrücklich an, daß auch Gewaltthaten, welche auf Beschädigung, Hinwegnahme oder Vernichtung des liegenden oder beweglichen Eigenthumsrechts gerichtet sind, unter Umständen ebenso sehr zur Nothwehr berechtigen können, als andere, mit Gefahr für Leben, Gesundheit, Freiheit oder Ehre verbundene Angriffe auf die Person selbst[4]).

Hiernach möchte das Recht des Widerstandes auf folgende Weise zu beschränken sein:

1) dasselbe findet nur statt im Falle einer Verletzung der Verfassung oder einer sonstigen offenbaren Gesetzes-Uebertretung von Seite der Staatsgewalt oder einer in ihrem Auftrage handelnden Behörde; aber auch in diesem Falle nur dann, wenn dadurch

2) ein unersetzliches oder doch wahrscheinlich unwiderbringliches Recht für den Widerstehenden bedroht oder angegriffen wird. Dieß ist auch der Fall, wenn dem Unterthan eine rechtlich oder moralisch unerlaubte Handlung zur Pflicht gemacht wird. Endlich wird vorausgesetzt,

3) daß der Bedrohte oder Angegriffene durch ein anderes Mittel, z. B. Beschwerde bei der höheren Behörde, sich in seinem Rechte nicht zu schützen vermöge.

Unter diesen Voraussetzungen muß aber nach allgemeinen Grundsätzen ebensowohl thätiger Widerstand, als bloßer Ungehorsam dem Betheiligten gestattet sein, falls nämlich letzterer allein

---

1) Entwurf des württemb. Strafgesetzbuches, Art. 163. — Motive der Regierung, S. 151.

2) Art. 96 und 97.

3) Verbesserter Entwurf, Art. 90.

4) Vergl. Bauer, Anmerkungen zu dem hannöverschen Entwurfe, I. S. 528.

Digitized by Google

zum Schutze nicht ausreichen sollte, wie namentlich, wenn die gesetzwidrig auferlegte Handlung mit Gewalt von der Obrigkeit erzwungen werden sollte, durch Abwehrung dieser Gewalt. Gleichwie aber der Widerstand überhaupt nur in dem äußersten Falle als ein Nothübel gestattet ist, so hat auch der Unterthan, wenn er in diesen extremen Fall versetzt wird, immer das sanftere Mittel vorzuziehen, und er überschreitet die Grenzen des erlaubten Widerstandes, wenn er der rechtmäßigen Staatsgewalt da, wo sie ihm ein Unrecht zufügt, statt bloßen negativen Ungehorsams ohne Noth positive Gewalt entgegensetzt, oder wenn er wegen eines an sich und unter den concreten Umständen leicht wieder erbringlichen Guts, das ihm die Obrigkeit nehmen will, alsbald und ehe noch von der Obrigkeit selbst Gewalt hiezu angewandt worden, angreifend zu Werke geht und dadurch unersetzliche Güter Anderer, und jedenfalls den Frieden und die Ordnung in der Gemeinde in Gefahr bringt.

### B. Anwendung auf die gegenwärtigen Verhältnisse in Hannover.

Das Grundgesetz vom Jahr 1833 besteht, wie wir gesehen haben, rechtlich noch in voller Kraft. Daraus folgt aber zunächst, daß die Behörden des Königreichs Hannover nach wie vor dasselbe zu beachten haben, und daß sie durch eine Handlung, welche die Vernichtung des grundgesetzlichen Zustandes zum Zwecke hat, sich großer Verantwortung aussetzen würden. Eine solche Handlung könnte nach dem gemeinen Strafrechte und insbesondere nach dem hannöverschen Entwurf eines Strafgesetzbuches (Art. 137) selbst unter den Begriff des Hochverraths fallen; denn einem Angriffe auf die persönliche Sicherheit des Staats-Oberhaupts oder auf die Selbstständigkeit des Staats wird hier, wie anderwärts, gleichgestellt ein Angriff auf die Verfassung des Staats, sei es daß solche ganz oder in einzelnen Bestimmungen durch gewaltsame Mittel geändert werden wollte. Das Verbrechen des Hochverraths aber ist nach dem hannöverschen Entwurfe, womit auch das bisherige Recht übereinstimmt, mit geschärfter Todesstrafe zu ahnden. Ja schon eine Herabwürdigung der Staatsverfassung, sei sie mündlich vor einer Volksmenge, oder schriftlich mittelst Verbreitung

Digitized by Google

gedruckter Aufsätze in böslicher Absicht erfolgt, soll nach dem Entwurfe (Art. 156) mit geschärftem Gefängnisse von 2 bis 3 Monaten, oder, wenn der Thäter ein Staatsbeamter ist, mit Dienstentlassung oder Dienstentsetzung bestraft werden.

Einzelne Unterthanen Sr. Majestät begehen aber ohne Zweifel keinen Hochverrath, wenn sie das von Höchstdenselben wiederhergestellte Patent v. J. 1819 als nicht bestehend betrachten; denn darin haben sie nach dem Ausgeführten vollkommen Recht; wohl aber würden sie jenes Verbrechens sich alsdann schuldig machen, wenn sie eine dem Grundgesetze feindliche Ueberzeugung, sei es mit oder ohne den Monarchen, durchzusetzen suchen sollten.

Die eigentliche Frage ist übrigens diese: können die Unterthanen des Königreichs Hannover den schon oben ausgeführten Maßregeln zur Ausführung des Patents v. J. 1819, oder eines anderen, nicht grundgesetzlichen Zustandes, mit Fug sich *entziehen*?

Oder ist eine Obrigkeit in jenem Königreiche berechtigt, Maßregeln jener Art mit ihrem Ansehen, ihrer Hülfe, nöthigenfalls sogar mit Gewalt zu unterstützen?

Es scheint allerdings, daß die beiden Theile dieser Frage zusammenfallen; denn wenn die Unterthanen das Recht haben, jenen Maßnahmen zu widersprechen, so kann deren Obrigkeit nicht befugt oder verpflichtet sein, sie denselben zu unterwerfen; vielmehr würde sie, wenn sie solches gleichwohl thäte, etwas Unerlaubtes beginnen, also in demselben Maße pflichtwidrig handeln, in welchem die Unterthanen in ihrem Rechte sind. Umgekehrt aber, wenn diese ein Recht des Widerspruchs haben, darf man wohl annehmen, daß die ihnen vorgesetzte Obrigkeit zum Mindesten keine Veranlassung zur Ausübung desselben geben dürfe.

Allein näher betrachtet ist dieses Correlat doch nicht vollständig begründet. Nur der zuletzt angeführte Satz steht fest. Nach den oben ausgeführten Grundsätzen ist es nämlich allerdings denkbar, daß die Befehle Sr. Majestät des Königs oder der von Denselben aufgestellten Staatsbehörden von den Unterthanen respectirt werden müssen, obgleich sie bei genauerer Untersuchung sich nicht als in den Rechten begründet ergeben, und in diesem Falle wäre sowohl eine Obrigkeit im Königreiche Hannover als die dortige Einwohnerschaft im *Unrecht*, falls sie denselben entgegenhandelten, unerachtet die befohlenen Maßnahmen nicht *als rechtmäßig* können be-

Digitized by Google

zeichnet werden. Ein solcher Fall wäre z. B. vorhanden, wenn Se. Majestät frühere Privilegien einzelner Stände oder Landschaften (z. B. Ostfrieslands) hinsichtlich der Besteuerung nicht anerkennen wollten, unter Berufung darauf, daß solche seit langer Zeit außer Uebung gekommen, während die früheren Privilegirten behaupten würden, daß dieselben in Folge der Aufhebung des Grundgesetzes von selbst wieder aufgelebt seien. Hier würden Se. Majestät, obgleich die Einrede aus dem Grundgesetze Ihnen wohl nicht zukäme, allerdings befehlen können, daß auf jene Privilegien zunächst keine Rücksicht genommen werde, weil dieselben durch den Verlauf der Zeit und andere Gestaltung der Dinge jedenfalls zweifelhaft geworden sind.

Allein anders verhält es sich in dem Falle, worüber hier zu reden ist. Hier handelt es sich von einer offenbaren Verfassungs-Verletzung.

Zunächst könnte es scheinen, als ob ein Recht des Widerstandes schon darum begründet sei, weil Se. Majestät der König nicht in der verfassungsmäßigen Weise die Landesregierung angetreten haben. In dem Grundgesetze §. 13 heißt es diesfalls:

„Der König wird den Antritt seiner Regierung durch ein Patent zur öffentlichen Kunde bringen, worauf nach den von Ihm für das ganze Land gleichmäßig zu ertheilenden Vorschriften die Huldigung erfolgt."

„Im Patente, welches in Urschrift unter des Königs Hand und Siegel demnächst im ständischen Archive niederzulegen ist, versichert der König bei Seinem Königl. Worte die unverbrüchliche Festhaltung der Landesverfassung."

Nun ist bekanntlich ein derartiges Patent von Sr. Majestät nicht ausgestellt worden; vielmehr haben Höchstdieselben Ihren Regierungsantritt damit eröffnet, daß die Ständeversammlung von Ihnen vertagt und die formelle und materielle Unverbindlichkeit des Grundgesetzes in dem Patente vom 5. Juli 1837 behauptet wurde.

Nach der Vertragstheorie, welche in Ablegung des Regierungseides, als dem förmlichen Beitritte zum Staatsvertrage, eine wesentliche Bedingung des Regierungserwerbs findet *), würde

*) R. Mohl, Württemberg. Staatsrecht, §. 27. — Fr. Murrhard, Die kurhessische Verfassungs-Urkunde, 1. Abth., S. 158.

Digitized by Google

Se. Majestät allerdings noch gar nicht als zur Regierung gelangt zu betrachten sein und eben daher jede Handlung, welche Dieselben in Regenten-Eigenschaft vorgenommen haben, und vor Allem das Patent vom 1. Nov. 1837, wodurch das Grundgesetz aufgehoben worden, sowie die Verfügungen vom 29. Juni und 30. Octbr. desselben Jahres, wodurch die allgemeinen Stände vertagt, beziehungsweise aufgelöst wurden, schon darum nicht als zu Recht bestehend angesehen werden können, weil sie nicht von dem rechtmäßigen Oberhaupt ausgegangen. Ein Widerstand, welcher Höchstdenselben entgegengesetzt werden wollte, würde somit als Privat-Nothwehr gegen einen rechtswidrigen Zwischenherrscher erscheinen und nicht nur eine Obrigkeit im Königreiche Hannover den Befehlen Sr. Majestät in keiner Weise zu gehorchen die Pflicht haben, sondern es müßte sogar nach den angeführten Schriftstellern die Weigerung Sr. Majestät, die gedachte Erklärung zu geben, als Verzicht auf den Thron und folgeweise als unbefugte Regierungsanmaßung und Hochverrath erklärt werden.

Indessen die Vertragstheorie ist, namentlich in dieser Anwendung, sehr bestritten, indem behauptet wird, daß die erbmonarchische Regierung ipso jure, also unabhängig von einem förmlichen Regierungsantritte, erworben werde *), und so wenig sich auch behaupten läßt, daß das Erbschaftsrecht des Regenten **ex pacto et providentia majorum** mit der Nothwendigkeit einer Erklärung der angeführten Art als einer **conditio sine qua non** im Widerspruch stehe, da schon die alten Haus- und Landesgesetze dergleichen verlangen, so möchte doch gerade, weil die Frage bestritten ist, ein Widerstandsrecht nicht sowohl aus dem Mangel der Anerkennung, als vielmehr aus der ausgesprochenen Vernichtung des Grundgesetzes herzuleiten sein.

Wenn wir nämlich auch von der sogenannten Vertragstheorie absehen und einzig und allein auf die Erbenqualität das Recht des Nachfolgers zur Regierung gründen, so folgt daraus noch keineswegs, daß dieser Nachfolger an die von seinem Vorgänger gegründete Verfassung des Staats nicht gebunden sei; vielmehr besteht diese Verpflichtung unabhängig von irgend einer Formalität des Regierungs-

*) Klüber, Oeffentl. Recht, §. 246. — Maurenbrecher, Deutsch. Staatsrecht, §. 242. — Weiß, System des öffentl. Rechts des Großherzogthums Hessen, I. S. 218.

Digitized by Google

antritts von selbst. Ist nun aber Se. Majestät verpflichtet, das Grundgesetz anzuerkennen, und Sie handeln dieser Verpflichtung entgegen, so entsteht hierdurch das Recht der Stände und Unterthanen, sich im Besitze der angegriffenen Rechte zu schützen und dies um so mehr, als solche auf dem Fundamentalgesetze des Staates beruhen. Jeder Staat nämlich, sei er nun Patrimonialstaat oder sogenannter Rechtsstaat wird gebildet (constituirt) durch seine Verfassung, d. h. durch die Summe von Rechten und Pflichten, welche von Regierung und Volk gegenseitig übernommen worden, wobei es übrigens nicht darauf ankommt, ob diese Verfassung nur herkömmlich anerkannt oder in einer schriftlichen Urkunde niedergeschrieben ist. Wird nun aber diese Verfassung von dem einen oder anderen Theile aufgehoben, so ist ebendamit der Staat selbst vernichtet, und es kann dem anderen Theile nicht zugemuthet werden, seiner Seits allein verpflichtet zu bleiben oder zu erfüllen, während der andere Theil in seiner Erfüllung nicht nur säumig ist, sondern geradezu die Quelle jeder gegenseitigen Verpflichtung in Abrede zieht. Durch Aufhebung des Grundgesetzes haben sonach streng genommen Se. Majestät Ihre Unterthanen aller Pflichten gegen Dieselben entbunden, und es besteht für diese auch die Verpflichtung des Gehorsams nicht mehr. Vielmehr ist es, wenn auch unter Umständen traurige, Pflicht der Gegenwart, dieses Gesetz, als die Quelle des Glücks, der Ruhe und Zufriedenheit eines ganzen Volks und der zur Regierung desselben bestimmten Regentenfamilie der Zukunft zu erhalten und nicht über einmal zusammensinken zu lassen.

Was Mohl *) über ähnliche Fälle bemerkt, wird, wie wir hoffen, niemals auf Hannover Anwendung finden.

„Allerdings" — heißt es hier — „gibt es einzelne Fälle, in welchen ein gewaltsamer Widerstand gegen Staatsmaßregeln erlaubt und selbst rechtlich und sittlich geboten ist. Wenn die Inhaber der Staatsgewalt die von ihnen zu schützenden Rechte Einzelner oder Aller beharrlich mit Füßen treten, die zu fördernden Interessen nicht nur vernachlässigen, sondern ihnen sogar schaden; wenn sie aus ihrer gesetzlichen Stellung ganz heraustreten, nur auf Gewalt vertrauend; wenn mit einem Worte

*) System der Präventiv-Justiz oder Rechtspolizei. Tüb. 1834. S. 126. Note.

Digitized by Google

der Angriff auf die Staatsverfassung und die gesetzlichen Rechte der Bürger von ihnen ausgeht: dann wird Gehorsam zum Verbrechen, Widerstand zur Rechtspflicht. Der Bürger in einem Rechtsstaate ist nur verfassungsmäßigen Gehorsam schuldig, und sind die ruhigen gesetzlichen Mittel gegen Unrecht erschöpft, oder von der Gewalt verschlossen, so mag er auch, allein oder gemeinschaftlich mit andern ebenfalls Bedrohten, zum offenen Widerstand schreiten, wenn er einen Erfolg für möglich hält, oder Verzweiflung ihm nur diesen Ausweg läßt. Es ist ein furchtbarer, aber kein unrechtlicher Zustand, und die Nothwendigkeit, dieses Recht zur Anwendung zu bringen, kann unter allen Formen der Regierung vorkommen."

Wie gesagt, wir hoffen nicht, daß die künftigen Entwicklungen der Verfassungsfrage in Hannover jemals solche äußerste Schritte rechtfertigen werden; aber es scheint nicht überflüssig zu sein, die Räthe Sr. Majestät an die große Verantwortung zu erinnern, welche sie durch weitere extreme Maßregeln auf sich laden würden.

Die eben angeführte freimüthige Aeußerung, deren Wahrheit in einem constitutionellen Staate nicht bezweifelt werden sollte, ist indeß nicht blos Lehrmeinung einzelner Schriftsteller, sondern sie hat auch Beispiele aus älterer und neuerer Zeit für sich, wo Kaiser und Reich, souveraine Regierungen und eine hohe Bundesversammlung die Anwendung derselben gebilligt haben [1]). Hierbei darf übrigens nicht vergessen werden, daß jeder Widerstand der Bürger gegen den ihnen bestimmten Herrscher darum ein öffentliches Unglück ist, weil im Gedränge desselben gar leicht wirkliches Unrecht verübt wird, oder, mit andern Worten, weil Excesse der Nothwehr bei jenem Widerstande nicht leicht vermeidlich sind. Obschon daher ein Fürst aufhört, der Repräsentant des Staats zu sein, wenn er dessen Verfassung zerstört oder mit ganzer Macht den Untergang desselben befördert [2]), so darf doch ein Volk so wenig als ein Einzelner, im Falle bedrohter

1) Klüber, a. a. O., S. 255, Note d. — L. Hoffmann, Die staatsbürgerlichen Garantien, oder die wirksamsten Mittel, Throne gegen Empörungen und die Bürger in ihren Rechten zu sichern. Lpz. 1830. Bd. II. Cap. 1.

2) v. Kamptz, a. a. O., S. 217.



Digitized by Google

oder verletzter Rechte sogleich zur äußersten Wehr sich setzen, sondern es hat, wenn dies nur immer möglich ist, erst eine friedliche Ausgleichung zu versuchen, um der öffentlichen Ordnung und um der sittlichen Bestimmung des Staates willen. Daher haben auch auswärtige Regierungen, welche der Vernichtung des obrigkeitlichen Ansehens, gehe sie aus sittlicher Verderbniß der Unterthanen oder der Regierung hervor, nirgends gleichgültig zusehen können, den Gebrauch der Gegenwehr von Seite eines unterdrückten Volks meist nur ungern gesehen; und selbst unter den gegenwärtigen Verhältnissen in dem Königreiche Hannover, so sehr die Gerechtigkeit eine Abhülfe verlangt und so sehr die Souveraine Deutschlands selbst dabei betheiligt sind, daß Gründe, wie sie Se. Majestät, der gegenwärtige König, wider das Grundgesetz geltend gemacht haben, nicht positiv werden, ist eine Unterstützung von Seite des hohen deutschen Bundes für einen thätigen Widerstand gegen die verfassungswidrigen Maßregeln Sr. Majestät nicht zu erwarten.

### C. Von dem Rechte der Steuerverweigerung.

Aber es handelt sich auch in dem jetzigen Augenblicke so wenig als seither von positiver Gegenwehr zum Schutze der gefährdeten Verfassung, sondern blos von einem passiven Widerstande, von einem Weigerungsrechte, welches selbst diejenigen zugeben müssen, die sonst ein Recht des Widerstandes gegen die Obrigkeit nicht einräumen. Die Beschränkung, welche Maurenbrecher *) beifügt: falls nämlich der Regent wider Vernunft und Staatszweck Handlungen gebieten sollte, läßt freilich, je nachdem man den Staatszweck setzt und dabei die mehr oder minder entfernten Bedingungen desselben mit hereinzieht, vielfache Deutungen zu. Indessen wird man mit dem Staatszwecke jedenfalls als nächstes Mittel hierzu die Aufrechthaltung der Verfassung für nöthig halten müssen und, sofern also im Widerspruche mit der Verfassung etwas befohlen wird, auch im Sinne der eben bemerkten Ansicht dem Unterthanen gestatten müssen, den Gehorsam zu verweigern, und, wenn sofort zur Erzwingung der nicht schuldigen Handlung von Seite der Behörde Gewalt angewandt werden sollte, unter Abwehrung dieser Gewalt auf seinem Weigerungsrechte zu beharren.

*) Staatsrecht, §§. 54. 56.

Digitized by Google

Hierher gehört nun insbesondere auch das Steuer-Verweigerungsrecht für den Fall, daß eine Regierung die verfassungsmäßige Bahn überhaupt verlassen oder nicht gesetzlich verabschiedete Abgaben einfordern sollte. Nach dem vormaligen Reichsrechte konnte dasselbe in diesen Fällen nicht bestritten werden, denn nicht nur hing die Steuerverwilligung, mit wenigen Ausnahmen, lediglich von dem guten Willen der Stände ab, sondern es wurde auch diese Verwilligung ganz gewöhnlich von Erfüllung einzelner ständischer Wünsche, namentlich Abstellung von Landesbeschwerden, Anerkennung ständischer Rechte, abhängig gemacht. Daher heißt es in der reichshofräthlichen Erläuterung des württembergischen Erbvergleichs v. J. 1770, Th. I, §. 3:

„Kein Reichsstand kann von seinen Unterthanen einen andern als reichsverfassungsmäßigen Gehorsam fordern und, wo Compactata vorhanden, ist Er so gut als die Unterthanen daran gebunden, kann ihnen mithin wider ihren Willen gegen dieselben nichts zumuthen oder befehlen" [1]).

Zwar werden in den neueren Verfassungen die Stände verpflichtet gehalten, die nöthigen Steuern zu bewilligen, und es soll diese Bewilligung an keine Bedingung geknüpft werden, die nicht das Wesen oder die Verwendung der Steuer unmittelbar trifft [2]). Insbesondere bestimmt dies das hannöversche Grundgesetz §. 140 und 145. Allein daraus folgt nicht, daß die Regierung auch für sich, unabhängig von ständischem Zuthun, Steuern auszuschreiben berechtigt sei, oder daß sie, statt durch die zuständige Ständeversammlung, durch einen Andern das Budget prüfen und die Steuern ver-

1) Paulus, Haupturkunden der württemb. Landes-Grundverfassung, 2. Abth., S. 37. 108.

2) Die Frage: inwiefern den (competenten) Ständen ein Steuerverweigerungsrecht zukomme? welche von P. Pfizer (Das Recht der Steuerverwilligung. Stuttg. 1836) und einem Ungenannten (Ueber den Umfang und die Grenzen des ständischen Steuerverwilligungsrechts. Stuttg. 1836) verschieden beantwortet wird, können wir hier füglich zur Seite lassen. Nur ist zu bemerken, daß eine Einrede aus der obigen Bestimmung des Grundgesetzes dem königl. Cabinet nur unter der Voraussetzung zukommen dürfte, daß das Grundgesetz selbst von ihm würde anerkannt werden.



Digitized by Google

willigen lassen darf. Bis jetzt ist auch nicht einmal ein Versuch gemacht worden, von den verfassungsmäßigen Ständen den erforderlichen Consens zu verlangen; es fehlt also durchaus an dem, was das Grundgesetz bei jeder Steuerforderung vorhersetzt; folglich ist diese Forderung unbegründet und verfassungswidrig.

Auch das Bundesrecht ist dieser Ansicht nicht entgegen; denn wenn nach Art. 57 und 58 der wiener Schlußacte der Souverain durch eine landständische Verfassung nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden und insbesondere nicht in der Erfüllung seiner bundesmäßigen Pflichten gehindert oder beschränkt werden soll, und wenn hieraus in dem Bundesbeschlusse vom 28. Juni 1832 gefolgert wird, daß wenn ständische Versammlungen die Bewilligung der zur Führung der Regierung erforderlichen Steuern auf eine mittelbare oder unmittelbare Weise durch die Durchsetzung anderweiter Wünsche und Anträge bedingen wollten, dies unter die Fälle von Widersetzlichkeit der Unterthanen zu zählen sei, in welchen die Bundesversammlung nach Art. 25 und 26 der Schlußacte unter Umständen einzuschreiten berufen ist: so setzen auch diese Bestimmungen voraus, daß die competente Ständeversammlung zunächst wenigstens um die erforderlichen Mittel angegangen, nicht aber daß dieselbe, bevor ihr noch das Ansinnen gestellt, von der Regierung aufgelöst sei.

Wohl kann auch die Steuerverweigerung durch die Unterthanen zu inneren Friedensstörungen führen, welche die Schlußacte vorgesehen hat; allein wenn jene Weigerung eine rechtmäßige, durch bundes- und verfassungswidrige Willkür der Regierung hervorgerufene ist, so kann nur diese darum angesehen werden, deren Aufgabe es ist, die öffentliche Ruhe zu erhalten, nicht aber sie mittelbar oder unmittelbar selbst zu stören.

Zwar hat die von Sr. Königl. Majestät scheinbar nach dem Patente v. J. 1819 eingerufene Versammlung das Budget von 1837 bis 1838 auf Ein Jahr in solle prorogirt, mithin die Steuern bis zum 1. Juli 1839 bewilligt, und es ist hiernach unter dem 9. Juni 1838 das Steuerausschreiben unter Beziehung auf diese Bewilligung erfolgt. Allein da jene Versammlung eine verfassungswidrige war, und zuletzt selbst erklärte: daß keine ihrer Handlungen rechtlich Gültiges zu bewirken im Stande sei, „daß vielmehr dazu die Zustimmung einer auf die vor dem Regierungsan-

Digitized by Google

tritte Sr. Majestät rechtmäßig bestandene Verfassung gegründeten und in Gemäßheit derselben berufenen und componirten Ständeversammlung erforderlich sei:" so kann jene Prorogation nicht als eine verbindliche angesehen werden, und es ist somit jede Steuer, welche seit Ablauf des Finanzjahrs $18^{37}/_{38}$ erhoben worden, als eine nicht verwilligte und daher nicht verfassungsmäßige anzusehen. Auch der §. 146 des Grundgesetzes kann hieran nichts ändern, denn dieser bezieht sich nur auf eine stillschweigende oder gesetzliche Steuerverlängerung für den Fall, daß bei Auflösung einer Ständeversammlung die erforderliche Verwilligung noch nicht erfolgt sein sollte; in diesem Falle hat die Regierung das Recht, die bestehenden Abgaben, soweit sie nicht zu einem vorübergegangenen Zweck ausgeschrieben waren, noch 6 Monate nach Ablauf der letzten Bewilligungszeit fortzuerheben. Hätte mit Rücksicht auf diese Bestimmung die Steuer noch nach dem 1. Jul. 1838 forterhoben werden wollen, so wäre in dem Steuerausschreiben vom 9. Juni 1838, wie das Grundgesetz vorschreibt, ausdrücklich darauf Bezug zu nehmen gewesen, was aber nicht geschehen ist und nicht geschehen konnte, da, wenn Se. Majestät das ganze Grundgesetz für nicht bestehend erklärt haben, Sie nicht wohl aus jenem einzigen §. ein Recht geltend machen können. Jedenfalls können aber auch nach jenem §. vom 1. Jan. 1839 an, wo die halbjährige Frist abgelaufen, die Steuern nicht mehr gefordert werden, bevor eine grundgesetzliche Ständeversammlung dieselben bewilligt hat.

Sollte daher auch nicht schon ein Widerstandsrecht des gesammten Volks zum Schutze seiner Verfassung überhaupt gegründet sein, so müßte dasselbe doch um so gewisser in der Form eines Steuerverweigerungsrechts angenommen werden; denn hier handelt es sich von Nichtanerkennung einer Forderung, welche die Unterthanen schon aus dem Grunde bestreiten dürfen, weil sie nicht den besonderen verfassungsmäßigen Voraussetzungen gemäß ist. Wohl darf eine rechtmäßige Steuer von den Unterthanen niemals verweigert werden; allein wofern die geforderte Abgabe nicht rechtmäßig, keine Steuer im rechtlichen Sinne ist, erscheint die Verweigerung derselben nicht allein als Nothwehr zum Schutze des verfassungsmäßigen Rechts der Steuerbewilligung (welche Nothwehr dem Einzelnen wie dem Ganzen zukommt, da dieses gewisse Rechte nur ausübt für die Einzelnen), sondern auch als überall erlaubte verweigerte Erfüllung

Digitized by Google

einer derzeit rechtlich noch nicht begründeten Obligation. Wie nämlich der Verzug der Zahlung (mora solvendi) voraussetzt eine wirkliche Verschuldung in Erfüllung einer vollkommen begründeten Verbindlichkeit, so der Verzug der Steuerzahlung insbesondere eine vorangegangene (verfassungsmäßige) Steuerbewilligung, welche in Hannover seit 1837 nicht mehr erfolgt, sondern einzig und allein darum unterblieben ist, weil die königl. Regierung die ordentlichen Stände einzuberufen versäumt hat. Die Schuld ist also nicht auf Seite der hannöverschen Unterthanen, wenn sie nicht zahlen, sondern auf Seite der königl. Regierung, welche daher auch alle daraus erwachsenden unangenehmen Folgen nur sich selbst wird zur Last legen können.

Zwar werden durch die Steuerforderung nur Vermögensrechte, also an sich ersetzbare Rechte, in Anspruch genommen; allein wenn, wie wir gesehen haben, auch ein Angriff auf wahrscheinlich unerbringliche, wenn schon an sich ersetzbare, Rechtsobjecte zur Nothwehr und zum Widerstande berechtigt, so können wir dieß unter den obwaltenden Umständen bei den Steuer-Contribuenten Hannovers um so gewisser annehmen, als die Erfahrung seit Aufhebung des Grundgesetzes gezeigt hat, wie schwer es ist, mit dem offenbarsten Rechte gegen einen factischen Regierungszustand aufzukommen, und wie wenig also Aussicht vorhanden, eine nicht schuldige Abgabe aus dem königlichen Schatze zurückzuerhalten, der jetzt ohne alle öffentliche Controle gelassen ist. Uebrigens ist es nicht allein der größere oder kleinere Steuerbeitrag, welcher hier in die Waagschale kommt, sondern auch das in gewisser Hinsicht allerdings unersetzbare Recht der Steuerverwilligung, das nur in bestimmten Formen ausgeübt Werth hat, in diesen Formen aber nun eben von der gegenwärtigen Regierung nicht anerkannt ist.

### §. 9. Von dem besonderen Gehorsam der öffentlichen Diener.

Wenn das Staatsdienstverhältniß, wie jetzt allgemein zugegeben wird *), ein freiwilliges ist, so kann nur Vertrag als Entstehungsgrund desselben gedacht werden, wobei die Regierung

*) Heffter, Beiträge zum Staats- und Fürstenrechte, I. S. 131. — Maurenbrecher, Staatsrecht, §. 161. — Buddeus in Weiske's Rechtslexikon, Bd. I. S. 745.

Digitized by Google

die Stelle anbietet, der zu Bedienstende sie annimmt, oder umgekehrt der Candidat seine Dienste offerirt und der Staat sie acceptirt. Daraus folgt aber nicht, daß der Staatsdienst selbst privatrechtlicher Natur sei; denn auch die Staatsverfassung kann auf einem Vertrage beruhen, und doch gehört sie dem öffentlichen Rechte an. Da die Rechte, welche der Staatsdiener im Namen des Regenten ausübt, keine Privat-, sondern Hoheitsrechte sind, so können dieselben nur aus der Verfassung und den Gesetzen des Staats beurtheilt werden. Ebenso die Pflichten des Staatsdieners, namentlich die Pflicht des Gehorsams (Dienst-Gehorsams). Auch in dieser Beziehung stehen, wie bei dem Unterthanen-Gehorsam sich zwei Ansichten gegenüber: eine strengere, welche dem Beamten nur allenfalls gestattet, Vorstellungen gegen einen rechtswidrigen Befehl des Obern zu machen, nicht aber denselben, falls dieser gleichwohl darauf beharrt, unvollzogen zu lassen, so namentlich Gönner, welcher dem Beauftragten in diesem Falle nur die gloria obsequii läßt [1]), und eine andere Ansicht, wonach der obrigkeitliche Diener einem gesetzwidrigen Befehle keine Folge zu leisten hat, sondern strafbar ist, wenn er ihn befolgt, ohne sich durch Berufung auf einen höheren Befehl befreien zu können [2]). Einen Mittelweg haben die neueren Verfassungen eingeschlagen, wonach die Staatsdiener bei eigener Verantwortlichkeit nur die ihnen in ordnungsmäßiger Form zukommenden Anweisungen zu beobachten haben [3]).

Die Verantwortlichkeit der Behörden wird auch in diesem Falle vorausgesetzt, dagegen sind die untergeordneten Stellen durch die ordnungsmäßige Form des ihnen zukommenden Befehls gegen Verantwortung gesichert, indem sie in diesem Falle solche übertragen auf die befehlende Behörde. Doch wird man mit der württembergischen Verfassungsurkunde (§. 53) annehmen müssen, daß der beauftragte Staatsdiener, wenn er hinsichtlich der Competenz der befehlenden Stelle Zweifel hegt, darüber bei der ihm vorgesetzten Behörde an-

---

1) Gönner, Vom Staatsdienste, §. 79, 90, wo auch weitere Literatur.

2) Leyser, Meditationes ad Pand. spec. 571, med. 20. — Schmid, Deutsches Staatsrecht, §. 58. — Pfeiffer, Prakt. Ausführungen, Bd. III, S. 376.

3) Z. B. die württemb. Verf.-Urk. von 1819, §. 53. — Kurhess. Verf.-Urkunde von 1831, §. 61, 108.

Digitized by Google

zufragen, desgleichen wenn er bei dem Inhalte einer höheren Verfügung Anstände findet, solche auf geziemende Weise und unter Vermeidung jeder nachtheiligen Zögerung der verfügenden Stelle vorzutragen, im Falle eines beharrenden Bescheides aber die Verfügung zu befolgen habe.

Können aber die öffentlichen Diener sich jener Einrede auch bedienen, wenn die befehlende Behörde offenbar incompetent ist, oder wenn der höhere Befehl ein notorisches Unrecht enthält?

Keineswegs! Die Staatsregierung kann auf die ihr untergeordneten Diener nicht mehr Rechte übertragen, als sie selbst hat. Ist nun aber dieselbe nicht befugt, den Unterthanen eine rechtswidrige Anmuthung zu machen, so kann sie auch die Beamten oder Magistrate nicht dazu verpflichten; denn wenn schon das Dienst- wie das Unterthanen-Verhältniß mit sich bringt, dem höheren Befehle im Zweifel zu folgen und namentlich über die Zweckmäßigkeit einer Maßregel dem Untergebenen kein zu Recht beständiges Urtheil zukommt, so kann doch auch der öffentliche Diener nicht einer Verfügung gegenüber als verpflichtet angesehen werden, die gegen klares Recht, also an sich nichtig und ohne Wirkung ist, ohne daß es einen Unterschied machte, ob diese Verfügung von dem vorgesetzten verantwortlichen Ministerium oder dem Oberhaupte der Regierung selbst ausgeht.

Allerdings geht aus der gesetzlichen Form eines Befehls zunächst eine Vermuthung dafür hervor, daß derselbe auch dem Inhalte nach rechtmäßig sei. Allein wenn die Rechtswidrigkeit des Inhaltes offenbar ist, so kann jene Vermuthung dem untergeordneten Beamten nicht mehr genügen; und wenn selbst der militärische Gehorsam eine Ausnahme leidet, falls der Vorgesetzte ein offenbares Verbrechen anordnet *), so wird man noch weniger einen

*) Württemb. allgem. Kriegsdienstordnung, Bd. I. §. 59. Ein bekanntes Beispiel ist die Antwort des Vicomte d'Ortes, Commandanten zu Bayonne, auf den Befehl Karl's IX, Königs von Frankreich, die Protestanten in der Bartholomäusnacht zu ermorden: Sire, j'ai communique le commandement de V. M. à ses fideles habitans et gens de guerre de la garnison. Il n'y ai trouvé que bons citoyens et fermes soldats, mais pas un bourreau. C'est pourquoi eux et moi supplions très humblement V. dite Maj. vouloir employer en choses possibles, quelque hazardeuses qu'elles soient, nos bras et vies; comme étant, autant qu'elles dureront, Vos tres humbles etc.

Digitized by Google

Civildiener für schuldig oder berechtigt halten können, eine Handlung jener Art auf den Befehl eines hierzu jedenfalls nicht berechtigten Vorgesetzten zu unterstützen [1]).

Hierbei ist nicht einmal in Betracht gezogen die besondere Stellung, welche den öffentlichen Dienern in dem neueren constitutionellen Systeme eingeräumt worden. Wenn nämlich schon nach dem älteren Rechte, welches den Beamten als landesherrlichen Diener (ministerialis) betrachtete, das eben Angeführte zuzugeben ist, so muß solches noch mehr nach dem neueren Verfassungsrechte behauptet werden, das in demselben einen Staatsdiener sieht und in der Erstreckung des Diensteids auf die Verfassung eine Gewähr für die Volksrechte findet. Indessen scheint hierdurch wesentlich im Verhältnisse der öffentlichen Diener nichts geändert zu sein, da schon in früheren Verfassungen, z. B. in der altwürttembergischen, eine ausdrückliche Verpflichtung der öffentlichen Diener auf die Landesverträge [2]) vorkam, und wo dies auch nicht der Fall war, es sich von selbst verstand, daß, wenn sogar der Landesherr selbst wegen Mißbrauchs der fürstlichen Gewalt den Reichsgerichten verantwortlich war, er hinwieder auch seinen Dienern keinen andern als reichs- und landesverfassungsmäßigen Gehorsam auferlegen konnte, und anderer Seits die jetzt sogenannten Staatsdiener nichts desto weniger zunächst herrschaftliche Diener geblieben sind, da sie nur aus Auftrag des Regenten und im Namen desselben, nicht aber (die landschaftlichen Bedienten ausgenommen) auch im Namen der Stände thätig sind.

Sehen wir nun, wie es sich in Hannover verhält. In dem Grundgesetze §. 151 wird die Verantwortlichkeit gegenüber dem Könige und dem Lande zunächst nur den Ministern und Departements-

---

1) Vrgl. Schmid und Pfeiffer, a. a. O. — v. Brevern, Das Verhältniß der Staatsverwaltungsbeamten im Staate. Lpzg. 1835. S. 222, 223. — Mohl, Die Verantwortlichkeit der Minister, S. 57.

2) Württemb. Erbvergleich von 1770. Cl. I, Grav. 1, §. 3, bei Reyscher, Sammlung der württemb. Gesetze, Bd. II, S. 552. Vrgl. dess. Einl. in die Staatsgrundgesetze, das. Bd. I, §§. 269, 275, 311. — Besonders wurde noch das Hofgericht auf die Landesverträge und Abschiede hingewiesen im J. 1660, das. §. 287. Nach Aufhebung der erbländischen Verfassung wurde zwar am 1. Jan. 1806 die Verpflichtung auf dieselbe weggelassen, das. Bd. III, S. 240, darum war aber die Treue doch keine unbedingte.

Digitized by Google

Vorständen zur Last gelegt, gegen welche einzig und allein auch eine förmliche Anklage durch die allgemeine Ständeversammlung möglich ist. Allein so wenig durch die letztere Bestimmung eine Untersuchung und Bestrafung von Dienstvergehen untergeordneter Staatsdiener ausgeschlossen ist, so wenig kann auch der von gesammter Staatsdienerschaft auf das Grundgesetz abgelegte Diensteid als illusorisch betrachtet werden.

Vielmehr sind nach §. 161 des Grundgesetzes „alle Civilstaatsdiener, mögen sie vom Könige oder dessen Behörden ernannt, oder von einzelnen Berechtigten und Corporationen erwählt, präsentirt oder ernannt sein, durch ihren auf die getreuliche Beobachtung des Staatsgrundgesetzes auszudehnenden Diensteid verpflichtet, bei allen von ihnen ausgehenden Verfügungen dahin zu sehen, daß sie keine Verletzung der Verfassung enthalten." Diesem ist beigefügt: „in gehöriger Form erlassene Befehle vorgesetzter Behörden befreien sie (die Staatsdiener) von der Verantwortung und übertragen dieselbe an den Befehlenden." Indessen drängt sich die Frage auf, wie verhält sich dieser Zusatz zu der vorangestellten Regel? Daß er nur eine Ausnahme (und keine coordinirte Regel) gebe und geben wolle, und also jene Regel bestehen lasse, wonach persönliche Verantwortung der Staatsdiener stattfindet, geht nicht blos aus der allgemeinen Fassung des Hauptsatzes unsers §., sondern auch aus der adminiculirenden Form des Zusatzes hervor, welcher nicht als selbstständiger Satz, auch nicht als Gegensatz zu der vorhergehenden Periode, sondern lediglich als einschränkende Bemerkung anzusehen ist. Eine Gegenüberstellung könnte nämlich nur allenfalls darin gefunden werden, daß in dem §. zuerst von Verfügungen die Rede ist, welche von den einzelnen Civilstaatsdienern ausgehen, während sodann gesprochen wird von Befehlen der vorgesetzten Behörden. Allein auch Verfügungen, welche von oben befohlen sind, wie z. B. Steuer-Executions-Mandate, gehen darum nicht minder von der unteren Stelle, wenn schon mittelbar zugleich von der vorgesetzten, aus. Diese Verfügungen sind daher, namentlich sofern der Staatsdiener auch bei Ausführung höheren Befehls einen Mißgriff begehen kann, an sich gleichfalls unter der Regel des §. begriffen; aber sie sind insofern ex post von derselben ausgenommen, als der beauftragte Staatsdiener exceptionsweise

den höheren Befehl zu seiner Entschuldigung anführen und so die obliegende Verantwortung, falls nur der Befehl selbst gültig und von ihm nicht überschritten worden, auf den Vorgesetzten zurückübertragen kann.

Damit scheint nun freilich nicht gesagt, daß der Beamte den erhaltenen Befehl auch nothwendig vollziehen müsse, sondern nur, daß er, falls er dieses thue, von der Verantwortung befreit sei, daß er also ihn vollziehen dürfe, ohne einer persönlichen Responsabilität deshalb ausgesetzt zu sein. In diesem Falle könnte eine Obrigkeit in Hannover, falls ihr die Beihülfe zu Eintreibung einer verfassungswidrigen Steuer von der competenten Behörde förmlich befohlen würde, den Gehorsam allerdings verweigern, aber auch leisten, ohne Gefahr, deshalb rechtlich in Anspruch genommen zu werden. Obwohl diese Auslegung für jene Obrigkeit vielleicht die nützlichste wäre, weil sie ihr gestattete, je nach Umständen so oder anders zu handeln, so glauben wir doch dieselbe nicht aufrecht erhalten zu können; denn wenn überall eine Handlung entweder nur erlaubt oder unerlaubt sein kann, und wenn vor Allem eine obrigkeitliche Stelle nur so weit ein Recht hat zu handeln, als sie dazu verpflichtet ist, so kann es auch für einen untergeordneten Beamten keine indifferenten Handlungen geben, vielmehr ist derselbe entweder dem höhern Befehle zu folgen verpflichtet, oder er ist verpflichtet, ihm nicht zu folgen.

Das Erstere ist nun allerdings nach §. 161 des Grundgesetzes anzunehmen, wenn der höhere Befehl in „gehöriger Form" erlassen worden. Allein sofern nach §. 145 desselben Gesetzes zur Form des jährlichen Steuerausschreibens gehört, daß der ständischen Bewilligung darin besonders erwähnt worden, so fragt es sich: ob diesem Erforderniß in dem früher erwähnten Ausschreiben vom 9. Juni 1838 genügt sei?

Auch hier haben wir erst den §. 161 einer Interpretation zu unterwerfen. Es fragt sich nämlich: sind unter gehöriger Form etwa die gebräuchlichen Curialien in Ueberschrift, Eingang und Schluß, nebst Kanzleiformat u. s. w. begriffen, worin die Regierungserlasse zu ergehen pflegen, oder wollte damit etwas Wesentliches, mehr Innerliches, bezeichnet werden? Wir glauben das Letztere annehmen zu müssen, denn Formen, welche an und für sich auf den Bestand eines Geschäfts keinen Einfluß haben, sollten

Digitized by Google

ohne Zweifel auch keinen bei Staatshandlungen erhalten, und insbesondere wollte zuverlässig die wichtige Frage über Gehorsam des Staatsdieners nicht von bloßen Aeußerlichkeiten abhängig gemacht werden. Zur wesentlichen Form eines Regierungsbefehls gehört nun, daß derselbe von dem betreffenden verantwortlichen Departements-Chef contrasignirt oder unterschrieben sei [1]). Sollte daher der Befehlende bloß behaupten, er sei Departements-Chef, ohne es wirklich zu sein, oder ohne eine verfassungsmäßige Verantwortlichkeit für seine Handlungen anzuerkennen, so würde der Beamte ihm nicht zu gehorchen haben, und wäre auch ausdrücklich dabei auf höchsten Befehl sich berufen. Ebenso gehört zur Form eines Gesetzes Zustimmung der allgemeinen Ständeversammlung, und es ist dieser Zustimmung im Eingange des Gesetzes zu erwähnen [2]). Enthält daher ein Gesetz diese Erwähnung, es ist aber bekannt, daß keine Art von Verabschiedung vorausgegangen, so kann der bloße Buchstabe, worin jene grundlose Beziehung genommen worden, zur verfassungsmäßigen Gesetzesform nicht genügen. Zwar ist dem Könige ausnahmsweise in dringenden Fällen gestattet, gesetzliche Verfügungen, welche ihrer Natur nach ständischer Zustimmung bedurft hätten, ohne diese Zustimmung zu erlassen; doch darf auf diesem Wege nicht das Grundgesetz selbst abgeändert werden; auch muß eine solche Verfügung im Gesammt-Ministerio beschlossen und, daß dieses geschehen, darin ausgedrückt werden [3]). Diese drei Requisite betreffen die Form der ausgehenden Verfügung, und ohne dieselben ist die Form einer einseitig vom König ausgehenden „gesetzlichen Verfügung" nicht gewahrt. Der Beamte hat daher nicht blos darauf zu sehen, wie in andern Fällen, daß ein verfassungsmäßiger Minister contrasignirt habe, sondern er muß noch weiter prüfen, ob auch das Grundgesetz nicht verletzt worden, ob ferner das Staats-Ministerium gehört worden, und wenn er schon Letzteres im Zweifel daraus zu entnehmen hat, daß der Beschlußnahme im Staats-Ministerium Erwähnung geschehen, so würde doch der Umstand, daß notorisch blos von dem Cabinets-Ministerium aus gehandelt worden, Bedenken bei ihm erregen müssen.

1) G.-G. §. 151.
2) G.-G. §. 85.
3) G.-G. §. 87.

Digitized by Google

Dieser Auslegung steht auch nicht entgegen der §. 89 des Grundgesetzes, wo es am Ende heißt:

„Sollten Zweifel darüber entstehen, ob bei einem gehörig verkündigten Gesetze die verfassungsmäßige Mitwirkung der Stände hinreichend beobachtet sei, so steht es nur diesen zu, Anträge deshalb zu machen."

Hier hat das Grundgesetz nur den sehr leicht möglichen Fall im Auge, wo es zweifelhaft ist, ob die ständische Zustimmung hinsichtlich des ganzen wesentlichen Inhalts eines Gesetzesentwurfs, wie der §. 85 vorschreibt, stattgefunden, nicht aber auch den Fall, daß eine Ständeversammlung gar nicht gehört worden, oder, wie dies jetzt in Hannover vorkommt, daß keine grundgesetzliche Ständeversammlung mehr eingerufen wird. Ebenso verhält es sich mit dem jährlich erforderlichen Ausschreiben der Steuern. Auch zu dessen Form gehört nothwendig ständische Verwilligung. Auch ist diesem Erforderniß scheinbar in dem Steuerausschreiben vom 9. Juni 1838 genügt, indem auf ständische Verwilligung darin Bezug genommen worden *). Gleichwohl halten wir dasselbe im Sinn des Grundgesetzes nicht für erfüllt; denn abgesehen von allen andern Zweifeln, namentlich hinsichtlich der Verantwortlichkeit des ausschreibenden Chefs, welche jetzt von dem Cabinet geläugnet wird, konnte es

1) schon nicht in der Absicht der königlichen Regierung liegen, durch Beziehung auf eine vorangegangene ständische Bewilligung dem grundgesetzlichen Erfordernisse zu entsprechen, zu derselben Zeit, da sie die Existenz des Grundgesetzes überhaupt in Abrede stellte, und die Bewilligung einer sogen. Ständeversammlung eingeholt hatte, welche von ihr ausdrücklich mit Beziehung auf das Patent v. J. 1819 eingerufen worden war.

2) Gesetzt aber auch, die Regierung hätte durch jene Beziehung an eine grundgesetzliche Bewilligung erinnern wollen, was, wenn es geschehen wäre (wie wir jedoch nicht annehmen), nur auf Selbsttäuschung oder auf einem unerlaubten Versuche der Täuschung Anderer beruhen könnte, so dürfte dieser subjectiven Deutung doch kein objectiver Werth beigelegt werden, weil es

*) Facti Species p. 7.

Digitized by Google

zur Zeit des Ausschreibens allgemein, sogar officiell, in Hannover bekannt war, nicht nur daß Seine Majestät der König das Grundgesetz selbst gänzlich aufgehoben haben, sondern auch daß die verkündigte Steuerverlängerung keine ständische im grundgesetzlichen Sinne, sondern nur durch sogen. Stände vorgenommen war, welche aber weder nach der alten, angeblich wiederhergestellten, noch nach der neuen, thatsächlich vernichteten Verfassung hiefür zuständig erscheinen konnten. Es verhielt sich also mit jener ausdrücklichen Beziehung auf ständische Einwilligung nicht anders, als wenn gar keine solche Einwilligung eingeholt, und statt der Stände bloß ein Collegium von Räthen oder gar niemand gefragt worden wäre, denn eine Einwilligung unzuständiger Stände ist nicht besser als keine ständische Einwilligung, und so wenig man einem Staatsdiener, welcher doch nicht bloß maschinenartige oder kopflose Dienste, sondern vor Allem geistige Arbeit (operae liberales) dem Staate zu leisten verspricht, und welcher daneben als rechtschaffener Mann (vir bonus) zu vermuthen ist, der getreulich und ohne Gefährde (bona fide) dieselben zu vollbringen beabsichtigt, wird zumuthen können, bei hellem Tage nicht zu sehen, oder sich mit Bewußtsein, sei es auch von einem Vorgesetzten, täuschen zu lassen, so wenig kann man von ihm erwarten, einen Buchstaben, welcher der offenen That widerspricht, und allenfalls auch eine andere Auslegung zuläßt, für jene That anzunehmen, ja man wird ihn nicht einmal für berechtigt zu einer solchen widersprechenden Auslegung halten können, da jeder Handlung, wo möglich, eine solche Deutung zu geben ist, wonach sie als erlaubte, nicht auf Täuschung berechnete, erscheint.

Angenommen übrigens auch, die „gehörige Form" im Sinne des §. 161 wäre in dem Ausschreiben vom 9. Juni 1838 sub- und objectiv vollständig erfüllt, so müßte dieselbe doch hier aus dem Grunde für unzureichend gehalten werden, weil Seine Majestät oder Ihr Cabinets-Ministerium nicht aus dem Grundgesetze eine Einrede entlehnen können, das Sie Selbst aufgehoben haben, und weil anderer Seits, wenn man dieses Gesetz als fortdauernd gültig betrachtet, besagtes Ausschreiben ein notorisches Unrecht, d. h. eine wirkliche Verfassungswidrigkeit, enthält, in welchem Falle nach obiger Ansicht, und wohl auch im Sinne des Grundgesetzes, die Form des Befehls und selbst das Beharren der

Digitized by Google

vorgesetzten Stelle auf demselben den untergeordneten Diener nicht entschuldigen kann, wenn er zum Mitschuldigen seines Vorgesetzten wird, und einen Befehl ausführt, hinsichtlich dessen die öffentliche Stimme, wie seine eigene, ihm gleichzeitig sagen werden, daß solcher dem Grundgesetze nicht gemäß, vielmehr dazu bestimmt sei, einen aus dessen Vernichtung hervorgegangenen factischen Zustand aufrecht zu erhalten.

## V. Kann eine Administrativ-Behörde wegen verfassungs- oder gesetzwidriger Handlungen gerichtlich in Anspruch genommen werden?

### §. 1. Zuständigkeit der Gerichte in Verwaltungs-, insbesondere Steuersachen.

Ist eine Behörde nicht verpflichtet, den Unterthanen eine verfassungswidrige Anmuthung zu machen, so ist sie auch nicht dazu berechtigt; vielmehr verletzt sie ihre Pflicht, wenn sie Jenes thut, ohne durch das Subordinations-Verhältniß, wie wir gesehen haben, deshalb entschuldigt zu sein.

Wenn nun aber die Behörde so wenig als der Einzelne eine rechtswidrige Handlung vornehmen darf, so muß, falls sie dennoch einer solchen sich schuldig macht, dem Verletzten ein rechtliches Mittel dagegen gestattet sein. Auch von Staatswegen darf in die Rechte der Einzelnen nicht eingegriffen werden, denn das hannöversche Grundgesetz bestimmt:

„die Staatsverwaltung hat keinen Anspruch an das Eigenthum und die Gerechtsame von Einzelnen oder Corporationen, als aus allgemeinen Gesetzen, oder besondern Privatrechtstiteln [1]).

Wenn nun aber dennoch ein Eingriff geschieht, so fragt es sich, wo hat der Beschädigte Genugthuung zu suchen? Dieß führt uns auf die gemeinrechtliche Streitfrage über die Competenz der Gerichte in Verwaltungsstreitigkeiten überhaupt. Während Einzelne [2]) die Ge-

1) Hannöv. Grundgesetz, §. 35.

2) Mittermaier, im Archiv für civ. Praxis, Bd. IV, S. 305 f.; Bd. XII, S. 393 f.; Bd. XVIII, S. 138 f. — Pfeiffer, Prakt. Ausführungen, Bd. III, S. 181 f. — Minnigerode, Beitrag zur Beantwortung der Frage: was ist Justiz, und was ist Administrativsache. Darmstadt 1835.

Digitized by Google

richte über jede Rechtsverletzung, gehe sie auch von den Verwaltungsbehörden aus, entscheiden lassen, wollen Andere [1]) die Verwaltung auch in der Beziehung unabhängig gestellt wissen, daß sie bestrittene und verletzte Rechte, sofern solche das Subjectionsverhältniß betreffen, oder, mit andern Worten, „die aus Handlungen der Staats- und obrigkeitlichen Gewalt abzuleitenden Rechte" nicht unter den Schutz der Justiz stellen.

Gehen wir vom positiv-rechtlichen Standpunkte aus, welcher zumal von der letzteren Partei von Schriftstellern nicht eingehalten worden, so konnte es wenigstens nach dem früheren Reichsrechte nicht zweifelhaft sein, daß Ueberschreitungen der Hoheitsrechte als wahre Justizsachen von den Unterthanen bei den Reichsgerichten klagbar gemacht werden durften [2]), und wenn dieß auch unter persönlicher Belangung der Reichsstände nur dadurch möglich war, weil diese als im Unterthanenverhältnisse zum Reiche stehend betrachtet wurden, so folgt aus der seither eingetretenen Veränderung, insbesondere aus der Erlangung der Souverainetät durch die Regierungen doch nicht, daß Handlungen der letzteren jetzt gar keiner gerichtlichen Cognition mehr unterliegen. Nur die Person des Regenten ist unantastbar geworden auch für die Gerichte, nicht aber die Regierungsthätigkeit, namentlich in der verantwortlichen Staatsdienerschaft. Wie daher Dienstvergehen der hohen und niederen Beamten, wodurch sie ihre Amtsbefugnisse überschreiten, insbesondere Verfassungsverletzungen, vor das Forum der ordentlichen Strafgerichte, wo nicht eines besondern Staatsgerichtshofs, gehören, so sind anderer Seits dergleichen obrigkeitliche Handlungen, sofern sie in die Privatrechte der Bürger, insbesondere deren Vermögensrechte, eingreifen, auf ordnungsmäßige Klage dem Forum der Civilgerichte untergeordnet. Wenigstens liegt in der Natur der Hoheitsrechte, woraus Weiler und Andere schließen, kein Grund, das Gegentheil anzunehmen, und auch die

---

1) v. Weiler, Ueber Verwaltung und Justiz. 2. Ausg. Mannheim 1830. — C. v. Pfizer, Ueber die Grenzen zwischen Verwaltungs- und Civiljustiz. Stuttgart 1828. — Funke, Die Verwaltung in ihrem Verhältnisse zur Justiz. Zwickau 1838 (wo auch S. 2 f. eine Vergleichung der übrigen Meinungen), s. besonders S. 67.

2) Vergl. Wahlcapitulation, Art. 19, §. 6 u. 7.

Digitized by Google

neuere Gesetzgebung und Praxis in den deutschen Bundesstaaten, wenn schon ihr Bestreben dahin gegangen ist, die Ausübung der Souverainetätsrechte von gerichtlichem Einflusse unabhängig zu machen, und namentlich die Entscheidung von Competenzfragen zwischen Justiz- und Regierungsbehörden der höchsten Landesbehörde vorzubehalten, sind doch keineswegs durchgehends für die definitive Erledigung der sogen. administrativ-contentiosen Sachen durch die Verwaltungsbehörden [1]).

Auch der Begriff von Justizsachen, wie er von Aeltern und Neuern, z. B. Strube[2]), Pfizer (a. a. O. S. 63), gegeben wird, wonach derselbe nämlich dann vorhanden sein soll, wenn Rechte der Einzelnen zur Sprache kommen, über deren Verletzung Beschwerde geführt wird, ist nicht gegen jene Competenz; nur darf man nicht übersehen, daß Rechte der Einzelnen (jura singulorum) und daher auch Rechtsverletzungen an Einzelnen nicht bloß gegenüber von andern Einzelnen, sondern auch gegenüber vom Staate zu denken sind, sofern nämlich über den Staatszweck und die Staatsverfassung hinaus auch im Namen des Staats nichts geboten oder verboten werden darf, und daher der Unterthan, sofern dieß gleichwohl geschieht, nicht als Staatsmitglied, sondern als Privatperson in Betracht kommt. Zwar zieht v. Weiler (a. a. O. §. 28) die Zuständigkeit der Gerichte bei Beschwerden der Privaten gegen Staatsbehörden oder Staatsdiener wegen Beschädigung durch widerrechtliche Amtsführung in Abrede, wenn die Verrichtungen, woraus die Beschädigung abgeleitet wird, Ausflüsse des öffentlichen Rechts sind, indem sie deshalb blos von den höheren Verwaltungsbehörden zur Verantwortung können gezogen werden. Allein wenn der obrigkeitliche Beamte den öffentlichen Wirkungskreis überschreitet, handelt er nicht mehr kraft öffentlichen Rechts, sondern kraft angemaßten Rechts, und selbst der Zweckmäßigkeitsgrund: daß die höhere Verwaltungsstelle im Zweifel besser den Fehler technisch zu beurtheilen verstehe, dürfte, wenn er auch immer wahr wäre, doch nicht gegen das Princip der Rechtspflege entscheiden, daß niemand, also auch nicht der Staat oder die sein Geld-Interesse wahrnehmende Beamten-Hierarchie sich selbst Recht schaffen könne.

1) Vgl. Pfeiffer, a. a. O. S. 436. — Funke, a. a. O. S. 147 f.

2) Unterricht von Regierungs- und Justiz-Sachen. Hildesheim 1753. §. 7.



Digitized by Google

Hienach ist die Zuständigkeit der Civilgerichte, falls durch eine Administrativbehörde Rechte der Unterthanen verletzt werden, nach gemeinem Rechte nicht ausgeschlossen; denn eine solche Verletzung ist nur möglich, indem die Verwaltungsbehörde durch Ueberschreitung ihrer Befugnisse in die Rechte der Einzelnen eingreift. Daher bestimmt das hannöversche Grundgesetz §. 37 sehr richtig:

„Jedem, der sich von einer Verwaltungsbehörde durch Überschreitung ihrer Befugnisse in seinem wohlerworbenen Rechte verletzt erachtet, steht — der ordentliche Gerichtsgang offen."

Hienach muß allerdings nach hannöverschem Rechte angenommen werden, daß gegen eine obrigkeitliche Verfügung, wodurch den Unterthanen verfassungswidrige Anmuthungen hinsichtlich der directen oder indirecten Steuern (auch die letzteren sind in der jährlich erforderlichen Steuerbewilligung begriffen) gemacht werden, eine gerichtliche Hülfe möglich sei. Nur Verletzungen durch einen Staatsvertrag mit Auswärtigen oder durch ein verfassungsmäßig erlassenes Gesetz sind von jener gerichtlichen Verfolgung ausgenommen. Dagegen begründet nach §. 37 des G.-G. die unrichtige oder unbefugte Anwendung von Staatsverträgen oder Gesetzen einen Rechtsanspruch, „sobald in einer Ueberschreitung der Befugnisse der Behörden außerdem die Erfordernisse einer Entschädigungsverbindlichkeit nach gemeinrechtlichen Grundsätzen anzutreffen sind," und der Kläger nachgewiesen hat, daß er bei der vorgesetzten höhern oder höchsten Verwaltungsbehörde bereits Hülfe gesucht, und solche innerhalb eines angemessenen Zeitraums nicht gefunden habe.

Namentlich gilt dieß von Uebergriffen der Steuerbehörden. Zwar behauptet Pfizer (a. a. O. §. 67 u. 68) daß über die Steuerpflicht, insbesondere über die Frage: ob und in welchem Umfange sie Statt finde, ihrer Natur nach die Verwaltungsstellen zu entscheiden haben; allein, wenn schon die Steuern ein rein hoheitlicher Gegenstand sind, indem das Ausschreiben und die Erhebung derselben bedingt ist durch die Staatsbedürfnisse, und daher zunächst nur die Steuerbehörden mit jenen Geschäften im Großen und Kleinen sich abzugeben haben, so können doch auch diese, ebenso wie andere Staatsbehörden, bei Ausführung ihrer Thätigkeit in privatrechtliche Streitigkeiten verwickelt werden, namentlich wenn ein Unterthan die Gesetzwidrigkeit einer Steuer

Digitized by Google

oder die unrichtig geschehene Anwendung des Gesetzes behauptet, worüber als einer litigiosen Sache nicht dieselbe oder eine andere Verwaltungsstelle als Partei entscheiden kann, sondern einzig und allein die richterliche Behörde [1]), welche insofern unabhängig von der Staatsregierung ist, als sie nicht, wie eine untergeordnete Verwaltungsstelle, im Zweifel nur die höhere Ansicht, sondern lediglich ihre eigene unabhängige Ueberzeugung von dem Rechtsverhältnisse der Parteien auszusprechen hat [2]).

Jenes ist auch in einem herzoglich meiningenschen Gesetze v. 16. Juni 1829 anerkannt, wonach (Art. 2) das Recht, die angebliche Gesetzwidrigkeit einer verlangten Steuer auf gerichtlichem Wege auszuführen, gegen die Staatscasse in dem Falle geltend gemacht werden kann, wenn die Abgabe zwar von der an sich competenten Behörde ausgeschrieben worden und in die Staatscasse geflossen ist, aber behauptet wird, daß das Ausschreiben selbst verfassungswidrig, z. B. ohne Zustimmung der Stände geschehen sei, wonebst auch noch gegen die einzelnen Beamten und Stellen, welche sich eine solche eigenmächtige Ausschreibung zu Schulden bringen sollten, die Anklage wegen Erpressung und Concussion, und, wenn diese auf höhern Befehl gehandelt haben, eine Anklage der Stände gegen die schuldigen Vorgesetzten eingeleitet werden kann.

Diese Bestimmung paßt, was die Competenzfrage im Allgemeinen betrifft, ganz auf die gegenwärtigen Steuerverhältnisse im Königreich Hannover. Sie ist aber auch in dieser Hinsicht nicht bloß particularrechtlichen Inhalts, sondern hervorgegangen aus der vormals reichsgesetzlichen und noch jetzt gemeinrechtlichen Ansicht von der Nothwendigkeit einer gerichtlichen Entscheidung bei verletzten und streitigen Rechten, beruhen solche auf einer verschiedenen Auslegung des öffentlichen oder Privatrechts, welche beide ja den Richtern, als Theile einer und derselben Jurisprudenz, gleichmäßig bekannt sein sollen. Auch das hannöversche Grundgesetz

1) Pfeiffer, a. a. O. S. 325. — Minnigerode a. a. O. S. 182.
2) J. C. Klüber, Die Selbstständigkeit des Richteramts. Frankf. a. M. 1832. — Meisterlin, Die Verhältnisse der Staatsdiener nach rechtlichen Grundsätzen. Kassel 1838, S. 124.



Digitized by Google

ist, wie wir gesehen haben, von dieser Ansicht ausgegangen, welche übrigens schon zuvor in Hannover anerkannte Praxis war [1]).

### §. 8. Entscheidung von Competenz-Conflicten.

Daß die obrigkeitlichen Stellen sich den gesetzmäßigen Aufforderungen der Gerichte zu fügen haben, kann nach §. 156 des Grundgesetzes keinem Bedenken unterliegen. Entstehen jedoch Zweifel über die Competenz der Gerichte, und können sich die Verwaltungsbehörden hierüber nicht mit denselben vereinigen, so hat hierüber eine Section des Geheimrath-Collegiums zu entscheiden, welche durch Verordnung vom 14. Nov. 1833 [2]) gebildet worden ist. Auch kann nach dem Grundgesetze (§. 37) die Wiederaufhebung von Verfügungen der Verwaltungsbehörden durch richterlichen Spruch nur in dem Falle stattfinden, wenn auf eben diesem Wege entschieden ist, daß eine in Frage befangene Angelegenheit zur Competenz der Verwaltungsbehörde nicht erwachsen gewesen sei.

Da indessen auch diese grundgesetzlichen Einrichtungen von Sr. Majestät nicht anerkannt worden, so fragt es sich: kann, im Falle eine obrigkeitliche Stelle die gerichtliche Competenz in einem vorkommenden Falle in Abrede stellen, und die höchste Verwaltungsbehörde diese Ansicht bestätigen sollte, der ordentliche Gerichtsgang aufgehalten werden?

Wäre diese Frage zu bejahen, so stünde es factisch bei Sr. Majestät, die Justiz in Sachen der Verwaltung jederzeit unmöglich und dadurch das Grundgesetz auch in den diesfälligen zweckmäßigen Bestimmungen unwirksam zu machen. Und doch scheint einer Verneinung der Frage der Umstand entgegen zu stehen, daß die Gegenstände der sogen. Verwaltungsjustiz in dem Grund-

---

1) Spangenberg in seiner Ausgabe von Strube's „Rechtl. Bedenken," Bd. III, Nr. 670, Anm. †, citirt mehrere Verordnungen, wonach in allen Steuer-Contraventions-Sachen ein gerichtliches Verfahren stattfindet. Ebenso bezeugt Hagemann „Prakt. Erört." Bd. VII, S. 15, daß es den administrativen Behörden eben so wenig gestattet sei, sich selbst Recht zu schaffen und Selbsthülfe zu gebrauchen, als Privatpersonen und Unterthanen.

2) Gesetzsammlung v. 1833, Abtheil. 1, S. 385.

Digitized by Google

gesetze selbst nur bedingter Weise der Civiljustiz überlassen sind.

Gleichwohl glauben wir uns für diese Verneinung entscheiden zu müssen, weil eine Bedingung, deren Eintritt durch denjenigen, welchem daran liegt, daß sie nicht erfüllt werde, zu verhindern gesucht wird, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen für erfüllt anzunehmen ist [1]), und weil, gleichfalls nach allgemeinen Regeln, damit, daß ein Theil von einem Gesetze oder Rechte weggenommen wird, das Uebrige nicht von selbst verloren geht, wofern es nur für sich bestehen kann [2]).

Wenn daher auch ein Theil der Verfassungsbestimmungen, und zwar gerade der für die Civil-Justiz beschränkende Theil dadurch für den Augenblick unwirksam gemacht worden ist, daß die Competenz-Conflicte nicht mehr wie früher von der ersten Section des Geheimraths entschieden werden, weil dieser Geheimrath von Sr. Majestät aufgehoben worden ist, so folgt daraus noch nicht, daß auch der übrige Theil, und zwar gerade der die Anerkennung der gerichtlichen Competenz betreffende Theil, unwirksam geworden sei; vielmehr muß jene Competenz um so gewisser, unabhängig von einer vorausgehenden, derzeit unmöglichen, geheimräthlichen Entscheidung angenommen werden, als sonst auch die Competenz der Verwaltungsbehörden in allen zweifelhaften Fällen ausgesetzt, somit ein wahres Iustitium eingetreten wäre, was in der Absicht Sr. Majestät selbst niemalen gelegen sein kann.

Gesetzt übrigens auch, man hätte hierin von den grundgesetzlichen Bestimmungen ganz abzusehen, weil in der That Seine Majestät das ganze Grundgesetz als nicht bestehend annehmen, so würde man doch, was die Competenz der Gerichte in Verwaltungsstreitigkeiten betrifft, zu keinem anderen Ergebnisse gelangen, da dieselbe auch im gemeinen und im früheren hannöverschen Rechte anerkannt ist, und, abgesehen von particulärer Bestimmung, überall die Gerichte selbst über den Umfang ihrer Competenz zu

---

1) D. 1, 17, (de reg. juris) fr. 161. — Mühlenbruch, Pandektenrecht, §. 109.
2) D. l. c. fr. 21, 113, 147, 148. — S. Erklärung der hannöverschen Gesandtschaft am Bundestage v. 10. Juli 1823. Bundes-Prot. Bd. XV, S. 395.

Digitized by Google

entscheiden, nicht aber solche von außergerichtlicher Entscheidung, zumal einer nicht verfassungsmäßigen Stelle (des jetzigen Staats-Raths) abhängig zu machen haben [1]).

### §. 3. Können die Gerichte eine Regierungs-Verordnung in Ansehung ihrer formellen Gültigkeit prüfen?

Daß die Gerichte innerhalb der Grenzen ihrer Competenz selbstständig sind und daher unabhängig von etwaigen Einwirkungen höherer Behörden nur nach dem Rechte zu entscheiden haben, ist allgemein anerkannt. Insbesondere ergiebt sich aus dem hannöverschen Grundgesetze (§. 9), daß die Richter durch Cabinets-Einmischung sich in Handhabung gerichtlicher Ordnung auf keine Weise hindern und irren lassen dürfen [2]). Indessen entsteht die Frage: in wie fern sind die Gerichte überhaupt befugt, das Recht des Landesherrn zur Erlassung einer Verordnung im Verhältnisse zu dem landständischen Mitwirkungsrechte ihrer Prüfung und Entscheidung zu unterwerfen und also eine Regierungs-Maßregel, wie z. B. das fragliche Steuerausschreiben, aus dem Grunde für nicht verpflichtend zu erklären, weil sie zu ihrer Gültigkeit der verfassungsmäßigen Zustimmung der Kammern bedurft hätte? Verneint wird die Frage von Mittermaier [3]) und Linde [4]). Bejaht dagegen von Schmid [5]), Jordan [6]), Feuerbach [7]), Pfeiffer [8]), Zachariä [9]) und Brinkmann [10]). Wir können uns mit Rücksicht auf die oben bemerkte Grenze zwischen Recht und Verwaltung, und in Rücksicht auf die Natur der richterlichen Thätigkeit, welche

---

1) Pfeiffer, a. a. O. S. 262. — Mittermaier, im civ. Archiv, Bd. XVII, S. 306, f.
2) Vgl. Pfeiffer, a. a. O. §. 19. — Minnigerode, a. a. O. S. 167—170.
3) Im Archiv für civ. Praxis, Bd. IV, S. 334.
4) Das. Bd. XVI, S. 303 ff., und in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. VII, S. 49, f.
5) Deutsches Staatsrecht, §. 75 u. 76.
6) Im Archiv für civ. Praxis, Bd. VIII, S. 214.
7) Die Gerichtsverfassung eines constitutionellen Staates, kann sie durch Verordnungen abgeändert werden? Nürnberg 1830.
8) Praktische Ausführungen, Bd. III, S. 279 f.
9) Im Archiv für civ. Pr., Bd. XVI, S. 165, f.
10) Wissenschaftlich prakt. Rechtskunde, Bd. I, S. 1.

Digitized by Google

überall ein Gesetz im weiteren Sinne, d. h. eine gültige Rechtsnorm voraussetzt und in Anwendung zu bringen hat, nur der letztern Ansicht anschließen. Die Gründe gegen die Competenz der Gerichte, wie sie von den Gegnern, namentlich Linde geltend gemacht werden, sind hauptsächlich folgende:

1) weil noch kein allgemeiner Begriff von Gesetz im Gegensatz von Verordnung aufgestellt sei. Dieser Grund beweist zu viel; denn auch die Begriffe von Recht und Verwaltung sind bis jetzt bloß wissenschaftlich aufzustellen gesucht worden, und doch muß diesen Begriffen praktische Folge gegeben werden, namentlich bei Ausscheidung der gerichtlichen Zuständigkeit.

2) die Rechtswissenschaft habe die Ausdrücke: Gesetz und Verordnung häufig gleichbedeutend gebraucht. Dieser Einwand beweist wenigstens nichts für diejenigen Staaten, wo zwischen beiden verfassungsmäßig unterschieden wird, wie z. B. in dem hannöverschen Grundgesetze §. 85 — 89.

3) wenn nach der Repräsentativ-Verfassung eines Landes Gesetze nicht ohne Zustimmung der Stände erlassen werden dürfen, so sei dadurch den letztern keine gesetzgebende Gewalt, noch ein Antheil an dieser zugesprochen, sondern nur eine beschränkende Form der Gesetze festgesetzt worden. Allein die Form ist bei einem Gesetze nicht Nebensache; das Gesetz ist vielmehr nur durch seine Form (Gesetzesform); und daß die ständische Verabschiedung in Beziehung auf den ganzen wesentlichen Inhalt eines allgemeinen Gesetzes, insbesondere aber zur Ausschreibung einer Steuer nothwendig sei, ist in dem hannöverschen Grundgesetze §. 85 und 145 mit klaren Worten ausgesprochen.

4) das Geschäft der Richter bestehe nur in Subsumtion des Factums unter das Gesetz. Allein wo kein Gesetz ist, kann auch von einer Unterordnung unter dasselbe nicht die Rede sein. Die Vorfrage für den Richter bleibt daher immer die: ist eine gültige Rechtsbestimmung vorhanden oder nicht? Und in sehr vielen Fällen von Rechtsstreitigkeiten ist die hauptsächliche Prüfung des Richters gerade darauf gerichtet: Was ist Gesetz?

5) der Richter greife in die Souverainetät ein, indem er die Befugniß des Souverains zur Gesetzgebung in Zweifel ziehe und sich über seine Verordnungen stelle; allein auch die Prüfung einer Verordnung aus dem verfassungsmäßigen Standpunkte ist

Digitized by Google

eine Subsumtion unter das Gesetz, nämlich unter das Verfassungsgesetz, und wenn der Richter, wie er schuldig ist, diese vornimmt, und in dessen Folge eine Verfügung, die nicht Gesetz ist, als Nichtgesetz betrachtet, maßt er sich keine Souverainetät an, sondern er hält im Gegentheil diese in ihrem wichtigsten Rechte, dem der Gesetzgebung, aufrecht.

### §. 4. Welche Klagen stehen den Unterthanen gegen eine gesetzwidrig handelnde Obrigkeit zu?

Setzt nach dem eben (§. 5) Ausgeführten eine Obrigkeit sich durch verfassungswidrige Thätigkeit insbesondere durch Beihülfe für Eintreibung einer verfassungswidrigen Steuer allerdings einer gerichtlichen Verfolgung aus, so fragt es sich nun: welche Klage würde sie in diesem Falle zu besorgen und welcher Schutzmittel gegen dieselbe würde sie sich zu versichern haben?

Wir lassen hier die Verfolgung auf dem strafgerichtlichen Wege, welche im Falle von Dienstverletzung oder Dienstwidrigkeiten Remotion oder Dienstentlassung des schuldigen Dieners zur Folge haben kann, insbesondere den Fall einer Anklage durch die competente Ständeversammlung, welche jedoch einzig und allein gegen den die Steuer ausschreibenden Departements-Vorstand zulässig ist, bei Seite, und reden nur von dem civilrechtlichen Wege, welchen die durch unbefugte Steuerbeschreibung und Steuererhebung unmittelbar in ihren Vermögensrechten beeinträchtigten Staatsunterthanen wählen können, um im Falle geleisteter Zahlung oder durch die Steuer-Execution erlittener sonstiger Beschädigung sich zu regressiren.

Daß die Civilgerichte die Ausführung obrigkeitlicher Befehle unmittelbar hindern können, müssen wir, obgleich es gemeinrechtlich zweifelhaft ist, nach hannöverschem Rechte *) bestimmt in Abrede ziehen. Wenn es nämlich gleich consequent wäre, anzunehmen, daß in Fällen, wo auf dem Staatsverbande beruhende Rechte und Pflichten der Staatsregierung nicht vorhanden sind, durchaus nur ein privatrechtliches Verhältniß stattfinde, in welchem die Staatsgewalt nicht unmittelbar in Wirksamkeit gesetzt,

*) G.-G., §. 37, Absatz 4.

Digitized by Google

sondern die Anwendung oder Beihülfe derselben nur in dem Wege verlangt werden kann, welcher dem Staate für privatrechtliche Verhältnisse überhaupt vorgezeichnet ist, wie namentlich, wenn ein Staatsdiener den ihm von der Regierung ertheilten Auftrag überschreitet, oder wenn die Regierung selbst dem untergeordneten Diener einen ihr nicht zuständigen Auftrag ertheilt [1]), oder daß doch wenigstens unmittelbarer Schutz gegen eine unerlaubte polizeiliche oder finanzielle Verfügung, gleichsam als eine reine Privathandlung, bei dem ordentlichen Richter zu suchen sei: so ist doch in dem hannöverschen Grundgesetze bestimmt ausgesprochen: die Gerichte können in solchen Fällen die einstweilige Ausführung von Verfügungen der Verwaltungsbehörden nicht hemmen. Nur der Strafrichter könnte allenfalls einen solchen Erfolg mittelbar dadurch herbeiführen, daß er den öffentlichen Diener wegen eines verfassungswidrigen Beginnens der angeführten Art, als einer Dienstverletzung in Untersuchung und Strafe zieht; dagegen kann der Civilrichter die Handlungen der ihm coordinirten Administrativ-Behörde nicht aufhalten, oder wie dieß von den Reichsgerichten zuweilen geschah, Inhibitorien dagegen erlassen. Aber es bleibt dem dadurch in seinen Rechten verletzten Staatsbürger der Recurs an den Richter auf Entschädigung und Wiedererstattung [2]).

Zweifelhaft scheint es auf den ersten Anblick, gegen wen diese Entschädigungsklage zu richten sei, ob gegen die Person des obrigkeitlichen Dieners, ob gegen die betreffende Behörde als solche oder gegen die Staatscasse?

Richtig sagt Gönner [3]):

„In Dienstsachen handelt der Staatsdiener nicht als Privatmann, nicht in seinem Namen, sondern aus Auftrag der Staatsgewalt.“

Woraus folgt, daß der Staat den angestellten Diener in Ansehung seiner Amtshandlungen zu decken, zu vertreten hat. Aber auch Gönner, welcher den Beamten nichts vergibt, fügt bei:

---

1) Meisterlin, a. a. O., S. 79 u. 80.

2) Grundgesetz, §. 37. — Minnigerode, a. a. O. S. 182. — Meisterlin, a. a. a. O. S. 84.

3) Vom Staatsdienste, §. 90.

Digitized by Google

„in soweit, als er seiner Instruction oder seiner Dienstpflicht nicht nachlebt, kann er verantwortlich sein.“

Und diese Modification scheint allerdings nothwendig, sowohl nach allgemeinen Grundsätzen, als auch nach dem hannöverschen Grundgesetze. Bereits oben ist bemerkt worden, daß der öffentliche Diener, welcher seinen Wirkungskreis überschreitet und gegen die Verfassung oder offenbare Gesetze handelt, damit aus dem öffentlichen Rechte heraustrete und persönlich verantwortlich werde.

Dieß stimmt auch mit den civilrechtlichen Grundsätzen des Mandats überein, wonach das Staatsdienstverhältniß häufig beurtheilt wird. Eine unsittliche oder den Rechten Dritter entgegenstehende Handlung kann nämlich nicht Gegenstand der Bevollmächtigung sein; denn hierzu ist der Vollmachtgeber selbst nicht befugt, er kann also auch keinen rechtlich wirksamen Auftrag dazu ertheilen; und verrichtet der Beauftragte dennoch die Handlung und wird er dafür in Anspruch genommen, so hat er keine Mandatsklage gegen den Auftraggeber, selbst wenn dieser denselben für jenen Fall ausdrücklich zu entschädigen versprochen hätte [1]). Dem Staate aber, dessen Gesetze durch einen solchen Auftrag (mandatum rei turpis) übertreten worden, sind beide Theile zur Strafe, und dem Dritten, welcher dadurch verletzt worden, zur Entschädigung in solidum verbunden. Es steht daher in der Wahl des Dritten, den Auftraggeber oder den Beauftragten zuerst zu belangen [2]). Wäre hiernach im Namen des Staats eine Handlung vorgenommen, für welche in den Gesetzen desselben keine Ermächtigung zu finden ist, so könnte die Verantwortung nicht auf die moralische Person des Staats überwälzt werden. Also würden rechtswidrige Schadenszufügungen im Amte immer nur eine Verantwortlichkeit des Staatsdieners in seiner Person begründen und der Staat bliebe dießfalls ganz außer dem Spiele. Dieß nehmen auch als

1) J. III. 17. (de mandato) §. 7. — D. XVII. 1. (Mandati) fr. 6. §. 3. fr. 22. §. 6. — XLVI. 1. (de fide jussoribus et mandatoribus) fr. 70. §. 5.

2) D. XLIII. 24. (quod vi aut clam) fr. 5. §. 14. — D. XLVII. 10. (de injuriis) fr. 11. §. 3. fr. 15. §. 8. — C. IX. 2. (de accusationibus) const. 5. — Glük, Erläuterung der Pandekten, Bd. XV. §. 953.

Digitized by Google

Regel an Mittermaier [1]) und Heffter [2]). Allerdings wenn man auch den Grundsatz annimmt, welcher nicht bezweifelt werden sollte [3]), daß wenn der Beamte in amtlicher Eigenschaft handelt, der Regent, beziehungsweise der Staat selbst, durch seine des Beamten Person thätig sei und deshalb jeden von demselben gestifteten Schaden ersetzen müsse: so folgt daraus noch nicht, daß, wenn der Beamte seinen amtlichen Wirkungskreis überschreitet und die ihm anvertrauten Hoheitsrechte mißbraucht, der Staat gleichfalls dafür einzustehen habe. Vielmehr wird der Beamte, indem er dieses thut, strafbar, und auch um die Entschädigung der Verletzten aus der ihm fremden Handlung hat der Staat, falls man die Mandatsgrundsätze hierher bezieht, sich nicht zu bekümmern. Auch wenn man die Lehrsätze von den Gemeinheiten (universitates) anwendet, kommt man zu demselben Resultate, indem durch die Geschäfte der Gemeinheitsvorsteher, falls sie dem Auftrage der Gemeinheit nicht gemäß sind, das Ganze ausnahmsweise nur insofern verpflichtet wird, als eine Nutzanwendung zum Besten desselben erwiesen werden kann [4]). Indessen zeigt sich die strenge Anwendung dieser Grundsätze, wonach dem Beschädigten ein Recurs an den Staat in den meisten Fällen von Amtsverletzungen abgeschnitten wäre, unbillig und unpassend schon in der Hinsicht, weil der Einzelne der materiellen Gewalt des Staats, auch wenn sie ihn verletzt, nicht immer sich entziehen kann und darf, und weil, falls der Beamte, wenn auch unter Ueberschreitung seines Bereichs, mittelst seiner Amtsgewalt (vi officii) Einzelne beschädigt, eben diese ihm von dem Regenten Namens des Staats verliehene Gewalt wenn auch nicht de jure, doch de facto der Grund oder das Medium ist von der Beschädigung. Man wird daher, wenn es überall nothwendig ist, privatrechtliche Analogien zu gebrauchen, nicht sowohl die allgemeinen Grundsätze vom Mandat, als vielmehr die besonderen Grundsätze von der exercitoria und institoria actio, aus welchen auch jene theilweise ab-

1) Civ. Archiv, Bd. IV. S. 321.
2) Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht, 1. Lfrg. S. 162.
3) S. jedoch Heffter, a. a. O.
4) D. IV. 3. (de dolo malo) fr. 15. §. 1. — XII. 1. (de reb. cred.) fr. 27. — XLIII. 16. (de vi et vi arm.) fr. 4.

Digitized by Google

gezogen sind, zur Hülfe nehmen müssen, wonach es Dritten gestattet ist, auch im Falle unerlaubter, nicht im Auftrag liegender, Handlungen des Schiffs- oder Geschäftsführers (magister navis, institor) sich jener Rechtsmittel gegen den Herrn zu bedienen, wofern die Handlungen nur bei Ausübung ihres Geschäfts begangen worden [1]). Hiernach würde die Klage gegen den Staat aus factis illicitis des Staatsdieners oder eines, Staatshoheitsrechte wahrnehmenden, Corporationsdieners in dem Falle gestattet sein, wenn dieser sich dieselben bei Ausübung seines Amtes und unter der Auctorität desselben schuldig gemacht hat, und man käme somit auf den Grundsatz zurück: factum ministri factum principis, wonach der Staat für die von seinen Dienern von Amtswegen begangenen Verletzungen dem Verletzten Ersatz zu leisten hat, ohne daß hierbei der höhere oder geringere Umfang der ihnen eingeräumten Gewalt oder der Umstand in Betracht käme, ob dieselben vom Regenten unmittelbar oder durch einen andern hierzu ermächtigten Staatsbeamten bestellt oder bestätigt worden [2]). Nur wird man, wie einer Seits der Staat allerdings die Pflicht hat, die Handlungen seiner Diener gegenüber von Dritten zu vertreten, die dadurch unschuldig in Schaden gekommen sind, hinwieder demselben das Recht geben müssen, sich an seinen Dienern zu regressiren, falls nicht etwa ein besonderer Verpflichtungsgrund für ihn vorhanden sein sollte, wie namentlich, wenn der Beamte ex jussu gehandelt oder in rem versio hinzugekommen ist. Daß im ersten Falle der Staat durchaus, im letzteren aber in so weit hafte, als die Verwendung geschehen (in quantum ad rem publicam pervenit), wird selbst von denen anerkannt, welche sonst die Verpflichtung des Staats sehr beschränken [3]).

Die Folgerungen aus dem Bisherigen für die vorliegende Frage sind folgende:

1) Die Civilklage, welcher eine Obrigkeit im Königreiche Hannover durch Beihülfe für Erhebung verfassungswidriger Steuern gegenüber von den zu Folge dieser Beihülfe leistenden Contribuen-

1) Glük, a. a. O., Bd. XIV. S. 193. 247.
2) Pfeiffer, Prakt. Ausführungen, Bd. II. S. 368. f. 383.
3) Mittermaier, a. a. O. — Heffter, a. a. O., S. 163.

Digitized by Google

ten sich aussetzt, ist eine von der Thatsache der Verletzung hergeleitete persönliche Klage auf Entschädigung (actio in factum).

2) Object dieser Klage ist voller Schadenersatz oder das ganze Interesse des Verletzten (id quod interest), also zunächst der rechtswidrig entzogene Steuerbetrag selbst. Ebenso werden die Steuerpflichtigen, falls sie durch obrigkeitliche Verfügungen sonst an ihren Rechten einen schätzbaren widerrechtlichen Schaden (damnum injuria datum) erleiden sollten, namentlich in Folge obrigkeitlicher Executions-Mandate, mit demselben Rechtsmittel oder nach Umständen mit der Klage ex lege Aquilia diesen Nachtheil einfordern können.

3) Die Steuerpflichtigen oder deren Cessionare können eben sowohl solidarisch gegen den Staat (Staatscasse, fiscus), als gegen die verletzende Verwaltungsbehörde ihre Klage richten, Letzteres jedoch nur in so lange, als der betreffende Beamte im Amte ist, da für den Nachfolger als solchen keine Verbindlichkeit vorliegt, unerlaubte Handlungen seines Vorfahren zu vertreten. Die Klage wider die verletzende Verwaltungsbehörde trifft nämlich effectiv diejenigen obrigkeitlichen Diener, welche dieselbe bekleiden, also wenn gegen den Magistrat zu Osnabrück geklagt wird, die Mitglieder dieses Magistrats, und es unterscheidet sich somit diese Klage nicht wesentlich von einem gegen die Person der Diener selbst gerichteten Rechtsmittel, wiewohl die Kläger allerdings Gründe haben können, diese Diener in ihrer Amtseigenschaft, worin sie gefehlt haben, zu belangen, und nicht in ihrer Privateigenschaft, sei es auch nur um die Passiv-Legitimation zu erleichtern. Daher wird auch in dem Grundgesetze (§. 37) blos unterschieden zwischen einem Rechtsanspruche gegen den Staat o d e r die Verwaltungsbehörden.

### §. 5. Welche Schutzmittel stehen einer Obrigkeit wider gerichtliche Klagen der Unterthanen zu?

Was die rechtlichen Schutzmittel betrifft, wodurch die belangte Obrigkeit gegen die vorgebrachten Klagen sich zu versichern vermöchte, so können wir folgende anführen:

1) Wenn die Untergebenen nicht in Folge einer Beihülfe der ihnen zunächst vorgesetzten obrigkeitlichen Behörde, sondern aus eigenem Antriebe (proprio motu) dem höheren Befehle Folge lei-

Digitized by Google

sten, z. B. die bisherigen oder neu ausgeschriebenen verfassungswidrigen Steuern bezahlen, so kann nicht jene, sondern nur die höhere Behörde regreßweise deshalb in Anspruch genommen werden. Doch würde die Obrigkeit, wenn sie einmal für die betreffende Steuer thätig gewesen, jene Thatsache als ihre Exception zu beweisen haben, indem theils nur unter Voraussetzung jener rechtswidrigen Beihülfe die Steuererhebung möglich gewesen, theils wenigstens die Vermuthung dafür ist, daß im Vertrauen auf die obrigkeitliche Mitwirkung und unter Rücksicht auf das obrigkeitliche Ansehen die Steuer bezahlt worden.

2) Wenn die Steuer in die öffentliche Casse geflossen ist, so steht es nicht in der Willkür der Zahlenden, die Staatscasse oder die Steuerbehörde oder die mitwirkende Ortsobrigkeit zu belangen; vielmehr können die beiden letzteren vermittelst der Einrede der Vorausklage (exc. excussionis) verlangen, daß erst die Staatscasse angegangen werde, und nur sofern die Klage wider diese fruchtlos oder außer der rechtswidrig abgeforderten Steuer noch ein anderer Schaden durch die Obrigkeit principaliter gestiftet sein sollte, wäre solche als haftend zu betrachten. Dagegen würde die Obrigkeit aus dem höheren Befehle zur Vornahme der Steuergeschäfte, insbesondere zur Steuerbeitreibung, keine rechtliche Einrede haben, sofern das Steuerausschreiben nach dem früher Ausgeführten nicht in verfassungsmäßiger Form erlassen, also auch für die untergebenen Beamten ohne Wirkung sein sollte.

3) Endlich fragt es sich, können Schritte, welche die betreffende Obrigkeit zum Schutze der Verfassung gethan hat, insbesondere Vorstellungen bei der höheren Behörde wider den verfassungswidrigen Befehl, derselben zur Entschuldigung gereichen, falls sie nachher dennoch diesem Folge geleistet? Allerdings würden jene Schritte, falls es sich von einer Strafanklage wegen Dienstvergehen handelte, den Quärenten zu Statten kommen, indem daraus hervorgeht, daß sie weder doloser noch culposer Weise zu Vernichtung des Grundgesetzes oder zur Aufrechthaltung des auf diese Vernichtung gegründeten verfassungswidrigen Zustandes mitgewirkt, vielmehr in ihrer Sphäre Alles gethan haben, was von einer recht- und friedliebenden Obrigkeit erwartet werden konnte. Allein, um gegen eine Civilklage einzelner Beschädigten gedeckt zu sein, dazu würden, falls sie eine verfassungswidrige Handlung durch ihre positive Mit-

Digitized by Google

wirkung unterstützten, weder ihre Vorstellungen bei königlicher Regierung, noch ihre Schritte bei dem deutschen Bunde hinreichen, indem, wenn auch ungerechte Handlungen der Obern von den Untergeordneten nicht zu verhindern sind, doch diesen wenigstens nicht eine directe Mitwirkung zu offenbar gesetzwidrigen Maßregeln oder deren Vollziehung gestattet sein kann.

Auch daß die Steuerbeschreibungen in Hannover noch bis Ende des Jahrs 1838 nach dem Gesetze vom 21. October 1834 vorgenommen worden, kann hieran nichts ändern, da, wenn schon vom 1. Juli 1838 an keine verfassungsmäßige Steuer mehr in Hannover bewilligt war, gleichwohl durch einzelne obrigkeitliche Handlungen der Anspruch der Unterthanen auf das Staatsgrundgesetz und das Widerspruchsrecht derselben gegen eine verfassungswidrige Steuer nicht verloren gehen konnte.

Ebenso ergibt sich aus dem früher Angeführten von selbst, daß, wenn auch die im vorigen Jahre und neuerdings wieder berufene Versammlung von sogenannten Ständen abermals zusammentreten würde, diese fortgesetzte Versammlung so wenig wie bei ihrer ersten Zusammenkunft verfassungsmäßige Steuern verwilligen oder an dem forthin gültigen Grundgesetze Abänderungen rechtskräftig genehmigen könnte, da eine unzuständige Ständeversammlung keine ständischen Rechte hat oder ausüben kann, also auch nicht diejenigen Rechte, welche das Grundgesetz den gültigen Ständen verleiht, zu deren Ausübung vielmehr einzig und allein die grundgesetzlichen Stände berufen sind.

Das Rechtsverhältniß des Ortsvorstehers oder seines Stellvertreters gegenüber von Dritten ist in der Hauptsache kein anderes, als das jedes obrigkeitlichen Beamten. Indem er Rechte der Staatsgewalt für sich allein auszuüben hat, steht er als Ortsvorsteher ein, wenn er sie auf gesetz- oder verfassungswidrige Weise handhabt. Indem er aber dieselben in Gemeinschaft mit dem Ortsmagistrate auszuüben hat und ausübt, theilt er die Verantwortung mit den Mitgliedern des Magistrats, welcher in diesem Falle als Ganzes (collegium) in Betracht kommt, wenngleich für unerlaubte Handlungen des Collegiums diejenigen Mitglieder zuletzt nicht einzustehen haben, welchen keine Schuld dabei zur Last fällt *). Auch die rechtlichen

*) Thibaut, Pandektenrecht, §. 134.

Digitized by Google

Vertheidigungsmittel des Ortsvorstehers sind ganz dieselben, wie die eines andern öffentlichen Dieners, und wenngleich nicht zu verkennen ist, daß die moralische Verantwortlichkeit doppelt groß auf demjenigen haftet, welcher mit dem Volke in unmittelbarer Berührung steht, und durch sein Ansehen und seinen Einfluß bei einer großen Gemeinde viele Handlungen Einzelner in seiner Gewalt hat, die weniger gewohnt sind, selbst zu prüfen, als gewissen Autoritäten zu folgen, so können wir doch auch ihm nicht anders rathen, als was Leyser *) von der Pflicht des Staatsdieners sagt:

„quamdiu spes aliqua adest, fore, ut monita sua apud principem pondus habeant, timor offensionis et mortis quoque negligendus est."

Und wenn auch keine Hoffnung vorhanden sein sollte, der mit wenigen Ausnahmen wohl allgemein in Deutschland gehegten Ueberzeugung von der Gültigkeit des Staatsgrundgesetzes und der Unstatthaftigkeit seiner einseitigen Aufhebung apud principem Eingang zu verschaffen, so kann es doch unter Umständen Pflicht des Beamten nicht nur gegen sich selbst, sondern auch gegen das Gemeinwesen sein, die bekleidete Stelle, obgleich Quelle vieler Unlust und Kränkung, beizubehalten, statt sie, wie er bei beharrlicher ungesetzlicher Zumuthung allerdings befugt wäre, niederzulegen, und sich jene Ruhe zu gönnen, welche der wohlverdiente Lohn langer Anstrengungen ist.

*) Specim. 570. med. 15.

Digitized by Google

Ueber

# dominium directum und utile.

Von

**Dr. Ludwig Duncker,**

Syndicus der Universität Marburg.

## I. Verschiedene Ansichten.

### §. 1.

Die deutschen Juristen sind von jeher von der Ansicht ausgegangen, daß das Eigenthum dem vaterländischen Rechte stets bekannt, und daß das deutsche Eigenthum von dem römischen im Wesentlichen nicht verschieden gewesen sei. Die Anwendung der römischen Grundsätze über Eigenthum fand in Deutschland daher um so weniger eine Schwierigkeit, als man schon im römischen Rechte die Unterscheidung in dominium directum und utile bei der Emphyteuse zu finden glaubte [1]), nach welcher Analogie man die ursprünglich deutschen Institute der Lehen- und Colonatgüter unbedenklich beurtheilte. Zwar wurde schon früh von dem Standpunkte des römischen Rechtes aus jene Unterscheidung von den ausgezeichnetsten Juristen verworfen [2]), allein von der Mehrzahl fortwährend festgehalten, ungeachtet es nimmer gelingen wollte, über die Natur dieses getheilten Eigenthums zu einer klaren Ansicht zu gelangen [3]).

1) Voet, Comm. lib. 6, tit. 1, §. 1. — Lauterbach, Coll. theor. pr. lib. 41, tit. 1, §. 4.

2) Thibaut, Versuche, Th. 2, Abh. 3, im Anf.

3) Bei der Afterbelehnung reicht die einfache Eintheilung nicht aus, es wird vielmehr eine Potencirung des dom. dir. und utile nothwendig; der Oberlehensherr hat nämlich das dom. dir. proprium (dom. dir. majus), der erste Vasall diesem gegenüber das dom. ut. superius und dem



Digitized by Google

Da die Erfolglosigkeit des gegen die Spaltung des Eigenthums in ein dominium directum und utile erhobenen Widerspruches in der wenig gelungenen Begründung zu liegen schien, so unternahm es Thibaut, einen besseren Beweis als seine Vorgänger zu erbringen, indem er nicht nur die Unverträglichkeit dieser Eintheilung mit den Grundsätzen des römischen Rechtes, sondern auch die Entstehung derselben aus einer mißverstandenen Terminologie der Glossatoren darthat. Darin wird nun Thibaut auf die Beistimmung aller Juristen rechnen können, daß vom Standpunkte des römischen Rechtes aus, die herrschende Ansicht über dominium directum und utile nicht gerechtfertigt werden kann, aber ebenso gewiß ist es, daß damit noch nicht die Frage entschieden ist, ob nicht in dem heutigen Rechte jene Eintheilung bestehen könne *). Thibaut geht nämlich von der Voraussetzung aus, daß das römische Recht in der Lehre vom Eigenthum unverändert bei uns recipirt sei. Sowie aber das römische Recht in vielen Materien durch die abweichenden Ansichten des einheimischen mancherlei Abänderungen erlitten hat, so ist es auch wenigstens nicht unmöglich, daß die Eintheilung in dom. dir. und utile im deutschen Recht wohl begründet gewesen sei, und sich gegen den Widerspruch des römischen um so eher behauptet habe, als gerade diejenigen Verhältnisse, bei welchen eine Theilung der im Eigenthume enthaltenen Rechte angenommen wird, dem römischen Rechte, mit Ausnahme der Emphyteuse und Superficies, fremd sind. Um bei dieser Streitfrage zu einem für das heutige Recht brauchbaren Resultate zu gelangen, ist daher zu untersuchen, ob das einheimische Recht das Eigenthum in einer andern Bedeutung, als das römische Recht, aufgefaßt, und nach seinem Begriffe eine Theilung in dom. dir. und utile zugelassen habe, worauf erst, wenn sich dieses ergibt, die weitere Frage zu beantworten bleibt, ob sich diese Eigenthümlichkeit des deutschen Rechtes dem römischen gegenüber erhalten habe, oder nicht.

---

Aftervasallen gegenüber das dom. dir. improprium (dom. dir. minus s. subalternatum); der Aftervasall hat das dom. utile inferius. (Schilter, Cod. jur. feud. p. 118, §. 3 u. p. 204; de Pucholtz, De feudis Bohemicis, diss. 2, §. 12 u. concl. 7; bei Jenichen, Thes. jur. feud. t. 3, p. 520, 523.) Bei jeder weitern Afterbelehnung vervielfältigt sich nun auch das getheilte Eigenthum.

*) Beseler, Erbvertr. Th. 1, S. 75 f.

Digitized by Google

Dieser Weg ist zuerst von Vollgraff [1]) eingeschlagen worden, und hat denselben zu dem Resultate geführt (S. 40), daß die Deutschen vor Einführung des römischen Rechtes keinen Begriff vom römischen Eigenthum gehabt hatten [2]), und daß ihr gesammtes Sachenrecht (wenn man anders diesen Ausdruck hier gebrauchen dürfe,) auf verbürgtem (gewährtem) Besitz beruht, also an der Person geklebt habe. Zur Begründung seiner Behauptung führt Vollgraff viele Stellen des sächsischen und schwäbischen Landrechts an, aus denen folgende Resultate und Beweise hervorgehen sollen:

a) das Wort Gewere bedeute zunächst und vorzugsweise nichts als körperlichen Besitz (S. 49);

b) dieser sei zugleich die nächste Schutzwehr (Gewähr) alles Besitzthums; er sei gewissermaßen als heilig betrachtet worden, und habe die Stelle des fehlenden Staatsschutzes vertreten;

c) bei Veräußerungen von Gütern habe man stets nur seinen körperlichen Besitz auf den Andern übertragen. Bei Streitigkeiten über Besitzthümer seien nur die nächsten Anlieger und Dorfbewohner als Zeugen zugelassen worden, weil nur sie Zeugniß über die Thatsache des Besitzes hätten geben können. Ein Petitorium habe man nicht gekannt, sondern das Possessorium habe über das Ganze entschieden;

d) durch die bloße Besitzübergabe und den Besitz der Sache binnen Jahr und Tag ohne Widerspruch der Erben sei die Sache zur eignen geworden;

e) mit dieser dem Besitze beigelegten Wichtigkeit stehe das schwäbische Landrecht, nach welchem es bei Grundstücken, die man durch richterliches Erkenntniß oder Erbrecht erwerbe, der Uebergabe nicht bedürfe, nicht im Widerspruche, da im ersten Falle die gerichtliche Einweisung genügt habe, und im zweiten die Gewere des Erblassers dem Erben zu Statten gekommen sei.

Ferner behauptet Vollgraff (S. 52 f.), der alte Ausdruck Eigen sei irrthümlich für Eigenthum genommen worden und mit dominium und proprietas für identisch erklärt; aus dem sächs. und

1) Revision verschiedener teutsch-rechtl. Theorien, Beilagenheft zum 9. Bd. des Archivs f. d. civ. Praxis.

2) S. auch Zachariä, Der Kampf des Grundeigenthums gegen die Grundherrlichkeit, S. 16 f.



Digitized by Google

schwäb. Landrecht gehe aber hervor, daß das Wort Eigen weiter nichts als ein abgeleiteter Begriff von der Gewere (Garantie, Vertretung) sei; denn alles liegende Gut heiße Eigen, dessen eigener Gewähre man sei, sobald man es entweder Jahr und Tag in ruhigem Besitze gehabt habe, oder als nächster Erbe den Besitz des Erblassers daran fortsetze. Die ausgedehnte Benutzungsbefugniß, welche im deutschen Eigen gelegen habe (denn das Veräußerungsrecht sei wenigstens bei allen Erbgrundstücken so gut wie verboten gewesen), sei nicht Ausfluß eines bereits herausgebildeten Begriffes von dominium, sondern lediglich Folge jener charakteristisch-deutschen Freiheitsgrundsätze, jener Gesetzlosigkeit, Unbeschränktheit und Ungebundenheit gewesen, worin die Deutschen von jeher ihre wilde Freiheit erblickt, und begreiflicher Weise zunächst auf die Benutzung ihres Besitzthums übertragen hätten. Darin liege nun die Wohlthat der Einführung des römischen Rechtes, daß es in Deutschland ein Eigenthum geschaffen habe, dessen Ausübung nicht von der Persönlichkeit, dem Range und Stande des Inhabers abhängig, dessen Veräußerung nicht an die Zustimmung der Erben gebunden sei.

Vollgraff untersucht darauf, welche Rechte der Leihemann an dem ihm geliehenen Gute gehabt habe, und gelangt (S. 95 f.) zu dem Resultat:

1) „daß nichts irriger und unlogischer sein konnte, als die Rechte eines, bloß mit einigen wenigen Nutzungsrechten Beliehenen mit dem Namen eines dominii utilis zu belegen, theils weil die Teutschen bis in's 16. Jahrhundert gar nichts von einem römischen dominio oder von proprietas gewußt haben (denn man war wohl unumschränkter Nutznießer des Eigen, aber über die Substanz hatte man keine Veräußerungs-Befugniß), theils weil ein widerrufliches und noch dazu beschränktes Nutzungsrecht doch unmöglich auch nur analogisch mit römischem dominio in Parallele gestellt werden kann, so wenig wie die Klagen, welche einem Pachter zum Schutz seiner Pachtrechte zukommen, es gestatten, aus diesen Klagen nun auf ein dingliches Recht an oder zu dem Pachtgute zu folgern;

2) daß mithin nicht allein deshalb, weil dieses dominium utile ein bloßes Hirngespinnst war, der correlate Gegensatz desselben, nämlich das dominium directum wegfällt, sondern hauptsächlich deshalb ganz cessirt, weil die Teutschen gar kein römisches dominium bis zur Einführung des römischen Rechtes kannten und vermöge der

Digitized by Google

obigen Ausführung kennen konnten.“ Das Verhältniß des Leihemannes zu dem ihm geliehenen Gute soll lediglich das eines Pachters sein.

Im Allgemeinen ist hiergegen Folgendes zu bemerken:

Mit dem Begriffe der Person ist auch deren Herrschaft über die Außenwelt gegeben. Die Person ist nicht denkbar ohne das Recht, in jede Sache ihren Willen zu legen und sie dadurch sich anzueignen, sie zu ihrem Eigenthum zu machen. Die Formen aber, unter welchen das Eigenthum bei den einzelnen Völkern sich zeigt, sind verschieden, indem sie durch die Individualität des einzelnen Volkes bedingt werden, und daher wandelbar, da auch diese nicht zu allen Zeiten dieselbe bleibt. Das Ewige und Unwandelbare im Eigenthum ist nur seine Nothwendigkeit. Man kann daher nicht die Grundsätze über Eigenthum, wie sie sich im römischen Recht gebildet haben, als den Normaltypus ansehen, und jedem andern Herrschaftsverhältnisse über Sachen, welches sich abweichend hiervon bei einem andern Volke gebildet hat, den Charakter des Eigenthums absprechen. Die Untersuchung über das Eigenthum bei einem Volke braucht deshalb nicht mit Beantwortung der Vorfrage anzuheben, ob es in der That ein Eigenthum gekannt habe, sondern wird durch die Darstellung der Natur ꝛc. eines vorauszusetzenden Eigenthums vollständig erschöpft. Wenn daher auch zugegeben werden kann, daß der Begriff des römischen Eigenthums dem deutschen Rechte ursprünglich fremd sei *), so folgt daraus noch nicht, daß man in Deutschland das Eigenthum überhaupt nicht gekannt habe. Vollgraff's Untersuchung konnte aber schon deshalb ihren Gegenstand nicht erschöpfen, weil sie nur auf das sächs. und schwäb. Landrecht Rücksicht nimmt; denn die formelle Ungültigkeit der Volksrechte und Capitularien, welche zur Zeit dieser Rechtsbücher freilich schon längst vorhanden war, kann das Zurückgehen auf diese ältesten Quellen bei der Darstellung der ursprünglichen Natur und genetischen

*) Ich weiß nicht, warum Vollgraff die Bekanntschaft mit dem Begriffe des römischen dominium erst in das 16. Jahrh. setzt, indem, abgesehen davon, daß das römische Recht schon seit dem 14. Jahrh. ein entschiedenes Uebergewicht über das einheimische zu gewinnen begann, das römische Recht in den germanischen Reichen von jeher bekannt gewesen ist. v. Savigny, Gesch. d. röm. R., Th. 2.

Digitized by Google

Entwickelung eines Instituts nicht überflüssig machen. Insonderheit kann die Bedeutung des Rechtes, welches der Leihemann an dem geliehenen Grundstücke hatte, aus jenen Rechtsbüchern durchaus nicht erkannt werden, da der Umfang dieses Rechtes, welches ursprünglich von der Gnade des Leiheherrn abhängig war, auf keiner allgemeinen Regel beruhte, weshalb auch jene Rechtsbücher dasselbe nicht abhandeln, sondern geradezu erklären, es wegen seiner großen Verschiedenheit bei den einzelnen Herren übergehen zu müssen [1]). So wenig man sich also der Mühe überheben darf, auf die ältesten Rechtsquellen zurückzugehen, ebensowenig darf man glauben, mit der Darstellung der Eigenthumsverhältnisse, wie sie in jenen Rechtsbüchern vorkommen sollen, die Untersuchung beschließen und das aus ihnen gewonnene Resultat mit den Grundsätzen des römischen Rechtes vergleichen zu können; vielmehr ist gerade die Darstellung der Entwickelung der Eigenthumsverhältnisse, wie sie sich nach den Hofrechten ergibt, der unentbehrlichste und folgenreichste Theil der ganzen Untersuchung.

Während Eichhorn [2]) die Ansicht, wonach man sich das Eigenthum zwischen dem dominus directus und utilis getheilt denke, als dem Wesen des Eigenthums widersprechend verwirft, und diejenigen Verhältnisse, welche die Neuern unter das dominium utile stellen, nur als eine dem deutschen Rechte eigne Art des jus in re gelten lassen will, halten Mittermaier [3]) und Maurenbrecher [4]) dieses durch einen entschiedenen Gerichtsgebrauch eingeführte getheilte Eigenthum, bei welchem zwei Personen als Eigenthümer derselben Sache betrachtet werden, in Ansehung welcher sich ihre Proprietätsrechte wechselseitig beschränken, für unser heutiges Recht unentbehrlich; das getheilte Eigenthum soll nach den Grundsätzen vom Eigenthum beurtheilt werden.

Da der Widerspruch, in welchem das getheilte Eigenthum mit den Grundsätzen des römischen Rechtes steht, jetzt allgemein zuge-

---

1) Vet. auct. de benef., c. 1, §. 131. Sächs. Landr., Buch 3, Art. 42. Schwäb. Lehenr., Cap. 115, §. 3. Schwäb. Landr., Cap. 48, §. 4; Cap. 54, §. 5 (ed. Senck.).
2) Einleitung ꝛc., §. 160.
3) Deutsch. Privatrecht, §. 156.
4) Lehrb. des gem. deutsch. Rechts, §. 188.

Digitized by Google

geben wird, so war der Versuch vorauszusehen, für jenes eine solche Grundlage zu gewinnen, welche es möglich machte, Theorie und Praxis in Einklang zu bringen; denn der Zwiespalt zwischen beiden ist doch gar zu auffallend, da das getheilte Eigenthum der Praxis dem theoretischen römischen Eigenthume in seinem innersten Wesen widerstreitet, und zur Erklärung dieses Widerspruches weiter nichts angegeben werden kann, als daß die Praxis die unzureichende Theorie auf diese freilich gar seltsame Weise vervollständigt habe. Dieser Versuch ist von Phillips *) gemacht, und hat das Resultat geliefert, daß das Wesen des deutschen Eigenthums von dem des römischen verschieden gewesen sei, und daß sich bei den ursprünglich deutschen Eigenthumsverhältnissen das einheimische Recht erhalten habe. Da die von Phillips gegebene gedrängte Entwickelung dieser Ansicht nicht wohl noch mehr zusammengezogen werden kann, so mag es Entschuldigung finden, wenn ich dieselbe meist mit dessen eignen Worten hier wiedergebe. „Diejenigen Rechtsverhältnisse, welche man gegenwärtig mit dem technischen Ausdrucke Eigenthum bezeichnet, beruheten in dem älteren Rechte sämmtlich auf dem Princip der Gewehre, d. h. auf der rechtlichen Herrschaft eines Menschen über eine Sache. —— Diese Herrschaft konnte aber von verschiedenem Umfange, sie konnte unbeschränkt oder beschränkt sein, sie konnte einer oder mehreren Personen zustehen, die entweder gemeinschaftlich eine gleiche Herrschaft an derselben Sache hatten oder zu dieser in dem Verhältnisse standen, daß jede von ihnen eine Herrschaft von verschiedenem Umfange daran ausübte.“ (Wenn der bisherige Besitzer eines Grundstücks zu Gunsten einer andern Person gerichtlich einzelne Rechte aufgegeben, also gleichsam eine Theilung der ihm zustehenden Rechte, eine Theilung der Gewere vorgenommen, so habe das Gericht dieses neu entstandene Verhältniß ebenfalls anerkannt. Die Wirkung der gerichtlichen Auflassung sei hier die, daß nunmehr zwei Personen neben einander eine Herrschaft von verschiedenem Umfange an demselben Grundstück ausgeübt hätten. Die deutsche Rechtssprache, gewohnt, jede Herrschaft auf das Princip der Gewere zurückzuführen, habe daher auch dem Empfänger jener Rechte eine Gewere beigelegt, die sie nach Verschiedenheit des Umfanges der übertragenen Rechte verschiedentlich bezeichnet habe, z. B.

*) Deutsch. Privatrecht, Th. 1, S. 520 ff. (2te Aufl.).

Digitized by Google

Satzungs-, Zins-, Lehens-Gewere). Der Ausdruck dominium, wo er im weiteren Sinne genommen werde, bezeichne einen der Gewere verwandten Begriff; es umfasse nicht bloß das Eigenthum im eigentlichen Sinne, sondern überhaupt ein rechtliches Gewalt- oder Herrschaftsverhältniß zu einer Sache, weshalb auch das Recht des Usufructuars und anderer Servitutberechtigten in den Quellen dominium genannt werde. Denn analog sei es zu verstehen, wenn in dem ältern deutschen Rechte solche verschiedene rechtliche Gewaltverhältnisse Gewere genannt würden. „Aber auch in einem andern Punkte tritt eine große Aehnlichkeit zwischen beiden Begriffen hervor, nämlich in Betreff der Klage. Bei den dinglichen Rechten des Römischen Rechtes entspringt diese eben aus dem Dominium, und es ist ihrer Natur nach die rei vindicatio — — gar keine andere Klage, als die confessoria actio, beide haben ein und dasselbe Fundament; so ist es auch im ältern Deutschen Rechte; es gibt nur einen Klaggrund, nämlich die Gewehre; nur wegen Verletzung dieser wird geklagt." Im römischen Rechte habe sich der Begriff des dominium im engern Sinne oder der proprietas als eines Rechtes gebildet, welches das nächste Verhältniß einer Person zur Sache ausdrücke, und daher die Einwirkung Anderer völlig ausschließe. In Deutschland hingegen habe sich eine solche schroffe Abstraction der proprietas, in ihrem Charakter völliger Ausschließlichkeit auf dem Gebiete der Gewere nicht entwickelt, obschon in den Rechtsbüchern der Ausdruck: eigentliche Gewere und Eigen zur Bezeichnung eines der Proprietät ähnlichen Begriffes vorkämen. Durch die eigenthümlichen Verhältnisse und Bedürfnisse hervorgerufen, hätte sich in Deutschland ein Gewaltverhältniß Mehrerer über dieselbe Sache gebildet, und der dem germanischen Rechte überhaupt inwohnende organische Lebenstrieb habe die Mittel an die Hand gegeben, das scheinbar Widersprechende zu versöhnen, indem die Bande der Treue und des Eides die beiden verschiedenen Gewalten, welche an der nämlichen Sache Statt finden konnten, vereinigt hätten. Ein solches Verhältniß sei freilich nach der der römischen proprietas inwohnenden Ausschließlichkeit ganz undenkbar und unbegreiflich. „Wir haben nun in Deutschland den Römischen Begriff Proprietas recipirt. — — Ganz indessen hat derselbe doch nicht obgesiegt, indem neben ihm auch mehrere jener Germanischen rechtlichen Gewaltverhältnisse, die dem Römischen Rechte fremd waren, bestehen geblieben sind. — —

Digitized by Google

Eigenthum wäre also jetzt, wie ehedem Gewehre, dasjenige Wort, welches Alles, was die Römer Proprietas oder Dominium und die Deutschen Gewehre nannten, so viel sich davon noch erhalten hat, mit beigefügter specieller Bezeichnung des Herrschaftsverhältnisses umfassen sollte. Theorie, Praxis und Gesetzgebung haben aber nur wenigen dieser Verhältnisse den Namen Dominium oder Eigenthum beigelegt, weshalb die übrigen auch heute zu Tage davon auszuschließen sind. Demgemäß bedeutet Eigenthum bei uns nicht bloß die strenge ausschließliche Römische Proprietas, sondern umfaßt noch mehrere andere Verhältnisse, bei denen nach älterm Rechte eine Gesammtgewehre oder eine Theilung der Gewehre Statt gefunden hat; deshalb ist dem heutigen Rechte der Begriff von Gesammteigenthum und getheiltem Eigenthum nicht fremd. Es offenbart sich ferner der Unterschied zwischen dem heutigen Eigenthum und der Römischen Proprietät darin, daß diese nur an einer körperlichen Sache vorkommt, das Deutsche Eigenthum aber an bloßen Rechten bestehen kann. Es kann z. B. Jemandem sehr wohl das Jagdrecht eigenthümlich zustehen, ohne daß ihm der Grund und Boden gehört, auf welchem er jagen darf; ein jedes solches Herrschaftsverhältniß kann demnach Gegenstand des Eigenthums, daher auch der Veräußerung durch Kauf oder Verpfändung sein."

Nach dieser Auseinandersetzung des Wesens des deutschen Eigenthums spricht sich Phillips (§. 87) über das getheilte Eigenthum dahin aus, daß die Vermittelung zwischen dem deutschen Rechte, welches das getheilte Eigenthum gekannt, und dem römischen, welches dasselbe verworfen, durch die Schule der Glossatoren bewirkt sei. „Da Italien seit dem fünften Jahrhundert allmälig eine zahlreiche Germanische Bevölkerung in sich aufgenommen hatte, so konnte nicht ausbleiben, daß mit den bis dahin auf der Halbinsel herrschenden Rechtsansichten sich auch Germanische Ideen amalgamirten. Vor Allem war es aber das seinem Ursprunge nach durchaus Germanische Lehnsinstitut, welches in Italien seit der Herrschaft der Longobarden zu einer großen Ausbildung gelangt war und eigentlich alle Lebensverhältnisse durchdrungen hatte. Es mußten daher die dem Lehnsinstitute zum Grunde liegenden Principien nothwendig einen großen Einfluß gewinnen, da diese aber durchaus auf die Theilung der Gewehre zurückführten, so mußte dieses ein den Glossatoren ganz geläufiger Begriff werden. Sie bezeichneten nun jedes

Digitized by Google

der hierbei Statt findenden rechtlichen Herrschaftsverhältnisse mit dem Ausdrucke Dominium, da in der That kein anderes passendes Wort gewählt werden konnte. Gab es nun eine getheilte Gewehre, so gab es also zunächst beim Lehen ein getheiltes Dominium. Sobald aber einmal dieser Begriff, auf Ansichten beruhend, in welchen die Glossatoren gleichsam selbst aufwuchsen, sich festgestellt hatte, wurde er auch bald auf andere Institute übertragen, bei welchen sich ähnliche Verhältnisse antreffen ließen. Dazu erschienen besonders drei Institute des canonischen Rechtes, welches hierin von Germanisch-rechtlichen Einflüssen nicht ganz unabhängig war, die Locatio ad longum tempus, der Contractus libellarius und die Precaria geeignet, aber auch zwei des Römischen Rechtes wurden, allerdings auf Grund eines Mißverständnisses desselben, in gleicher Weise aufgefaßt, Emphyteuse nämlich und Superficies. Die Glossatoren gaben in allen diesen Fällen mit Einschluß des Lehnsverhältnisses demjenigen, zu Gunsten dessen die Theilung von Rechten vor sich gegangen war, die Klagen des Eigenthümers utiliter, und bezeichneten demnach das Herrschaftsverhältniß selbst mit dem Ausdrucke Dominium utile, im Gegensatze dazu nannten sie die Herrschaft dessen, der die Uebertragung von Rechten vorgenommen hatte, Dominium directum. Es beruht demgemäß die Eintheilung selbst auf dem Einflusse Germanischer Rechtsprincipien, die Bezeichnung der durch die Theilung entstehenden Verhältnisse auf der Unterscheidung des Römischen Rechtes zwischen Actiones directae und utiles. Diesen letzten Umstand hat man indessen bei der Reception des römischen Rechtes nicht gehörig im Auge behalten, indem man bei dem Dominium utile nicht an die Actio utilis, sondern vielmehr an das Uti schlechthin dachte, und daher jenen Ausdruck mit Nutzeigenthum übersetzte. Wäre man dieser Ansicht länger gefolgt, so würden wiederum noch mehrere andere Germanische Rechtsverhältnisse unter den Begriff des Dominium utile gestellt worden sein; man gab indessen diesen Gesichtspunkt auf und schloß sich an den Sinn der Glosse an, weshalb der Begriff des Dominium utile eben nur auf die oben genannten sechs Institute anwendbar ist."

Digitized by Google

## II. Vom deutschen Eigenthum.

### §. 2. Terminologie.

Die ältesten Rechtsquellen haben für Eigenthum die Ausdrücke proprietas [1]), proprium [2]), dominium [3]), dominatio [4]) und dominicatio [5]); die im Eigenthum liegende Herrschaft wird mit dominare [6]) und dominicare [7]) bezeichnet [8]). Der Eigenthümer heißt dominus, ohne Rücksicht darauf, ob der Gegenstand des Rechts eine bewegliche oder unbewegliche Sache ist [9]). Daß für das deutsche Eigenthum dieselben Ausdrücke vorkommen, welche für das römische gebraucht werden, ist nicht zufällig, und läßt auf eine Gleichartigkeit des deutschen und römischen Eigenthums in seinen Grundbestandtheilen deshalb schließen, weil das römische Recht in den germanischen Reichen stets bekannt gewesen ist, und man ohne eine wesentliche Uebereinstimmung der Eigenthumsverhältnisse in beiden Rechten, die Terminologie des römischen nicht angenommen haben würde. Die spätern Rechtsquellen gebrauchen in der Regel dieselben Ausdrücke auch in Verbindung, z. B. dominium et proprietas, proprietatis dominium. In den deutsch geschriebenen Quellen findet sich am häufigsten Eigen, seltener Eigenschaft und Eigenthum, jedoch kommt der erste Ausdruck schon in Urkunden des dreizehnten [10]) und der letzte im Anfange des vierzehnten Jahrhunderts vor [11]).

---

1) L. Alam., tit. 84 (85).
2) C. 1. an. 812, c. 1.
3) L. Burg., tit. 24, §. 4.
4) Marc., form. lib. 1, n. 33 et 35. App. Marc., n. 26.
5) du Cange, gloss. h. v.
6) Marc., form. 1, 31.
7) du Cange, h. v.
8) Dominare wird aber auch im weitern Sinne von dem bloßen Innehaber gebraucht, app. Marc., n. 42.
9) L. Sal., tit. 13, §. 2; tit. 26, §. 1; tit. 29, §. 6. L. Burg, add. 1, tit. 2.
10) Urk. v. J. 1296 (in Schilteri, gloss. p. 543. Haltaus, gloss. h. v. p. 285).
11) Urk. v. J. 1315 — dedimus proprietatem dictam Egendom super quibusdam bonis (de Westphalen, mon. ined. t. 3, p. 578). Urk. v. J.

Digitized by Google

### §. 3. Wesen des Eigenthums.

Als charakteristisches Merkmal des Eigenthums wird die Befugniß bezeichnet, den Gegenstand desselben willkürlich zu behandeln. In der Formel über einen Tausch bei Marculf (I, 30) heißt es: ille ipse hoc habeat, teneat atque possideat et suis posteris ad possidendum relinquat, vel quicquid inde facere voluerit ex nostra commutatione liberam habeat potestatem [1]). In der über Eigenthumsübertragungen aufgesetzten Urkunde ist daher dieses Recht des Eigenthümers in der Regel ausdrücklich hervorgehoben [2]), und durch Angabe der im Einzelnen darin enthaltenen Befugnisse genauer bezeichnet [3]). In einem Diplom Karl's des Dicken über eine Schenkung mehrerer Villen v. J. 877 heißt es: — ita videlicet, ut haec omnia supradicta in proprietate habeat, — habeatque potestatem habendi, donandi, vendendi, commutandi et quicquid inde facere voluerit, sicut lex et justitia de proprietate concedit habendum [4]). Kaiserrecht Th. 2, Cap. 90. Wellichem man god hot gegebin eygen gut Der sal wissen Daz he med syme gude mag thun waz he wel [5]).

Das Recht des Widerspruchs gegen Veräußerungen, welches

---

1322 — plenam proprietatem quae vulgariter dicitur Eghendam (daſ. t. 2, p. 84). Urk. v. J. 1323 (daſ. p. 91). Urk. v. J. 1347 (ab Erath, cod. dipl. Quedlinb., n. 267, p. 475). Vrgl. Haltaus, l. c., v. Eigenthum.

1) Ib. I, 17; II, 4. 6. 11. 19. 20. 23. 24. Form. Sirmond. 16. Form. Lindenb. 50. Form. Andegav. 4.

2) Urk. v. J. 678 (bei Mabill., de re dipl. lib. 6, n. 40); v. J. 760 und 778 (b. Schoepfl., Als. dipl. I, n. 32 u. 55). Dipl. des Königs Otto II. v. J. 974 (ab Erath, cod. dipl. Quedl., n. 21, p. 16); v. J. 978 (daſ. n. 24, p. 18). Dipl. Heinrich's III. v. J. 1043 (Mon. Boic. t. 24, p. 313).

3) Form. Andeg. 9.

4) Neugart, cod. dipl. Al. I, n. 305. Vrgl. Schenkungsurk. des Königs Arnulf v. J. 888 (Mon. Boic., t. 31, p. 1, n. 60, p. 127; ferner daſ. n. 63, p. 132, a. 891). In einem Diplom Karl's des Dicken v. J. 880 (Neug. l. c., n. 519) heißt der Schluß wohl irrthümlich: sicut lex et industria unicuique de proprietate sua concedit habendum.

5) Urk. v. J. 1315 (Mon. Boic., t. 18, p. 78).

Digitized by Google

sich besonders im spätern Rechte [1]) zu Gunsten der nächsten Erben ausbildete, kann nicht dafür angeführt werden, daß das deutsche Recht kein Eigenthum gekannt habe, denn das Veräußerungsrecht ist als ein wesentlicher Bestandtheil des Eigenthums nicht anzusehen, so daß dieses ohne jenes nicht bestehen könne; daher findet auch das römische Recht, wiewohl es eine freie Veräußerungsbefugniß als regelmäßig im Eigenthum enthalten ansieht, darin keinen Widerspruch mit dem Begriffe desselben, wenn dessen Unveräußerlichkeit durch Gesetz, Testament oder richterliche Verfügung ausnahmsweise festgesetzt ist.

Dieses deutsche Eigenthum kann man aber nicht einen gewährten Besitz nennen; denn es konnte dasselbe an Grundstücken nur durch ein feierlich abgeschlossenes Rechtsgeschäft erworben werden, ohne daß es hierzu noch der Ergreifung des Besitzes bedurft hätte [2]). Aber wenn auch dieselbe zur Erwerbung des Rechts für nöthig gehalten wäre, eine Ansicht, von welcher einige spätere Rechtsquellen allerdings ausgehen, indem sie sogar noch eine gewisse Dauer des Besitzes (von drei Tagen und Nächten) verlangen [3]), so würde daraus dennoch nicht folgen, daß das übertragene Recht nur ein gewährter Besitz und kein Eigenthum sei. Insonderheit aber setzt es die aus dem deutschen dominium hervorgehende Klage und der dabei zu führende Beweis außer Zweifel, daß dasselbe als ein wahres Eigenthum angesehen werden müsse. Der dominus hat nämlich gegen jeden, welcher ihm den Besitz der Sache vorenthält, eine Klage auf Herausgabe, und der vom Kläger zu führende Beweis ist nicht auf eine widerrechtliche Entziehung des Besitzes, sondern auf das ihm zustehende Recht selbst gerichtet [4]). Die Verhandlungen über einen Eigenthumsproceß aus dem J. 748 mögen hier einen Platz finden: Cum resedissit

1) Beseler, Erbv. Th. 1, §. 5.

2) Cap. 1. Ludov. Pii a. 819, c. 6. Albrecht, Gew. §. 8. Beseler, a. a. O., §. 4.

3) Mon. Boic., t. 6. n. 1, p. 9 (zwischen den Jahren 1008 u. 1017). Es trabirt Jemand ein Grundstück an das Kloster Tegernsee, quod patrimonium fiscalis Advocatus P. manu sua cum accepisset, triduana sessione legitime peracta, in jus Abbatis vendicavit. Albrecht, a. a. O., S. 75.

4) L. Bajuv. tit. 16. c. 1, §. 2; tit. 17. c. 2.

Digitized by Google

— Pippinus Major domus — in palatio publico ad universorum causas audiendas — ibi veniens femina aliqua C. nomine hominem aliquem nomine H. advocatum sancti Dionisii — interpellabat, repetens ab eo, quod casa sancti Dionisii — haberet res suas malo ordine in loco qui dicitur in M. casam et mansum et vineas et mancipia. Sed ipse H. in praesenti adstabat et taliter dedit responsum, quod instrumenta haberet, qualiter ipsas res W. — ad ipsam casam sancti Dionisii condonasset. Unde et de praesenti ipsum instrumentum ante nos ostendit relegendum, et nos ipsa instrumenta invenimus veracia. Et postea ipsa C. instrumentum ipsum visa fuit recredidisse (als ächt anerkennen). — Proinde nos — visi fuimus judicasse, ut quia praefata C. ipsum instrumentum visa fuerat recredidisse et nos ipsa invenimus veracia — propterea jubemus, ut ipse H. mansum — contra C. in causa sancti Dionisii omni tempore habeat evindicatum *). In diesem Falle war von dem verklagten Besitzer das Recht des Klägers nicht blos geleugnet, sondern überdies die Behauptung aufgestellt, daß ihm selbst das Eigenthum zustehe (contravindicatio), und auch gleich der Beweis des Erwerbs des Rechtes geführt. Auf gleiche Weise findet sich der Eigenthumproceß im schwäb. Landrecht, Cap. 121: Klagent zwen mann auf eyn gut und sprechen es habs inen jr herre oder eyn ander man zu eygen geben oder ze lehen gelihen — In (ihnen) sol der richter eynen tag geben das sy beyd ire geweren bringen.

Einen possessorischen Proceß im Gegensatz des petitorischen im heutigen Sinne scheint das älteste Recht nicht gekannt zu haben, und bei der Schnelligkeit, mit welcher die Rechtsstreitigkeiten entschieden wurden, da das einfache Beweisverfahren in der Regel mit der Anstellung der Klage und der Vertheidigung dagegen verbunden wurde, war auch ein noch schnelleres Possessorium durchaus überflüssig. Der Eigenthümer war aber keineswegs genöthigt, gegen denjenigen, welcher ihm den Besitz widerrechtlich entzogen hatte, mit der Eigenthumsklage aufzutreten, vielmehr bestimmt die

*) Mabill., de re dipl. lib. 6, n. 37. Mehrere hierher gehörige processualische Verhandlungen sind abgedruckt in den Beilagen zu: Buchner, Das öffentl. Gerichtsverfahren.

lex Bajuv., tit. 16, c. 1, §. 1, daß der, welcher das Grundstück eines Andern eigenmächtig in Besitz nimmt, dasselbe wieder räumen und eine Buße von 6 Solidi bezahlen soll [1]).

### §. 4. Subject des Eigenthums.

Die Möglichkeit Eigenthum zu haben, war an sich an keinen besondern Stand geknüpft. Der Stand hatte nur Einfluß auf die besondere Art des Eigenthums, die durch dessen Verfolgbarkeit in den verschiedenen Gerichten bedingt war. Der Unfreie war nämlich von der Theilnahme an den Volksgerichten, und daher in ihnen von der Verfolgung des Eigenthums in eigner Person ausgeschlossen. Der Herr desselben erschien hier als der wahre Eigenthümer. Innerhalb des Gebietes des Hofrechts dagegen, d. h. in allen Verhältnissen, in welchen der Unfreie seinem Herrn oder andern Unfreien desselben gegenüber steht, kann er sein Eigenthum im Hofgericht verfolgen [2]). Die ältern Rechtsquellen legen

1) In den geistlichen Gerichten, in welchen das römische Recht immer gegolten hat, ist der possessorische Proceß wohl stets in Uebung gewesen. Der älteste mir bekannte Streit über den Besitz ist ein zwischen dem Bischof Albert von Freisingen und den Grafen Berthold von Tyrol und Arnold von Greifenstein über den Besitz eines Neubruchzehnten um das J. 1170 geführter, und von dem Bischof Albert von Trident, auf den Grund von Zeugenaussagen, entschiedener Proceß (Meichelb., hist. Fris. pars instr. n. 1348, p. 562). Bemerkenswerth ist eine Entscheidung des Domcapitels zu Regensburg in einer Besitzstreitigkeit über Zehnten v. J. 1275. — Tandem quia nobis auditis Juribus utriusque partis constitutis evidenter cunctis juris Solemnitatibus observatis, quod praedictus Abbas Monasterii in P. super dicta possessione decimarum — per ipsum Chunradum Decanum — per violentiam fuerat destitutus, Nos ipsum Abbatem — ad eandem possessionem duximus restituendum Justitia mediante, quam de facto amiserat, non de Jure, servata tamen quaestione proprietatis parti adversae, si quando jus suum contra ipsum Monasterium duxerit prosequendum. (Mon. Boic. t. 15, p. 185; vrgl. ein anderes Urtheil v. J. 1289 das. t. 16, p. 297.) Erst mit der Verbreitung des römischen Rechtes ging das Possessorium auch in die weltlichen Gerichte über. In dem in das 15. Jahrh. gesetzte Gerichtsbüchlein (Senckenb., c. j. G. t. 1, p. 2, pag. 151) wird schon spolium, possessorium und petitorium unterschieden.

2) Albrecht, a. a. O., §. 26.

Digitized by Google

auch ausdrücklich dem Unfreien Eigenthumsrechte bei. Nach einer Constitution Otto's I. u. II. v. J. 969 [1]) soll jeder Servus zum Zeichen seiner Unfreiheit seinem Herrn jährlich einen Denar geben; darauf heißt es c. 4: quod si aliquis servus aecclesiae hoc nostrum edictum servare neglexerit, omnium bonorum suorum medietate mulctetur; und nach einer gegen das Jahr 1140 aufgesetzten Urkunde [2]) übergibt Jemand einen servus omnemque ejus proprietatem einem Kloster.

Dieses Vermögen des Unfreien bestand nicht etwa blos aus beweglichen Sachen, sondern auch Grundstücke konnten demselben zu Eigen (nach Hofrecht) zustehn.

Urk. v. J. 933 (bei Neugart, cod. d. Al. 1, n. 721):

Ego — abba monasterii S. Galli. In notitiam venire desidero quod quidam servus S. Galli nomine P. ex studio suo et labore unam hubam in S. acquisivit, nec non in R. quorundam hominum proprietatem comparavit, insuper etiam XXX agros in T. sitos acquisivit, quae utique omnia nobis in concambium tradere curavit.

Urk. v. J. 1163 (b. Günther, cod. Rh. M. 1, n. 179):

— notum esse volumus — qualiter homines quidam curie nostre que est in W. attinentes vir unus et due mulieres — vineam satis utilem obtulerint. ea videlicet ratione. ut a servili conditione emanciparentur. et cere censuales ecclesie nostre constituerentur. Nos autem communicato consilio cum ecclesia et hominibus et ministerialibus nostris. qui fructum vinee magis curie expedire judicabant, quam pensionem trium capitum defectui succumbentium. petitioni eorum annuimus [3]).

Was insonderheit die Ministerialen anlangt, so ist für diese das Recht, Eigenthum nach Hofrecht zu haben, noch viel weniger einem Zweifel unterworfen.

---

1) Pertz, mon. t. 4, p. 34.

2) Mon. B., t. 1. n. 21, p. 28.

3) Nach der l. Bajuv. tit. 15, c. 7, kann sich der Unfreie mit seinem eigenen Vermögen nicht freikaufen, ein Grundsatz, der in England noch zu Ende des 12. Jahrh. galt. (Glanvilla, tract. de legibus lib. 5, c. 5, §. 2. Potgiesser, de statu servorum, p. 534.)

Digitized by Google

Cap. Car. M. 1, a. 812, c. 5:

De hominibus — episcoporum et abbatum, qui vel beneficia vel propria habent.

Ausspruch im Fürstengericht zu Augsburg unter Otto IV. im J. 1208 (Pertz, mon. t. 4, p. 215).

Item quaesivit (Tridentinus episcopus) in sententia si aliquis ministerialis alicujus ecclesie de bonis suis sive patrimonialibus sive feudalibus aliquid possit alienare — sine manu et domini sui licentia? Et dictatum est in sententia quod hoc fieri non possit, quia sic ecclesia ad nimiam paupertatem redigeretur.

Urk. v. J. 1250 (Mon. B. t. 1, p. 202):

— ministerialis — quandam curiam suam que jure proprietatis justo titulo possederat, pro remedio — anime Ecclesie O. — legavit [1]).

Gegen dieses dem Hofhörigen und Ministerialen zustehende Eigenthum läßt sich nicht einwenden, daß der Herr das Recht gehabt habe, dieselben mit ihrem ganzen Vermögen zu veräußern [2]), und daß nach dem sächsischen (B. 1, Art. 35) und schwäbischen Landrecht (C. 47) der Dienstmannen und eignen Leute Eigen wegen Vergehen derselben nicht confiscirt werden, sondern ihrem Herrn verbleiben solle, weshalb man diesen vielmehr für den Eigenthümer ansehen müsse. Durch die Verfügung über den Unfreien nämlich verfügte der Herr auch über dessen Vermögen; der Unfreie wechselte aber hierdurch nur den Herrn, dem es keineswegs gestattet war, das Vermögen desselben auch außerdem als das seinige zu behandeln; nur über die Grenze des Hofrechts hinaus galt der Herr als der Eigenthümer der Habe des Unfreien [3]). Ferner ergibt die oben angeführte Constitution Otto's I. u. II. v. J. 969, daß eine Confiscation des Vermögens des Unfreien allerdings eintreten konnte; und wenn gleich später der in dem Ausspruch des Fürstengerichts v. J. 1208 (s. oben) angege-

1) Urk. v. J. 1261 (Mon. B. t. 22, p. 221). Urk. v. J. 1236 (Ried, cod. dipl. Ratisb. t. 1, n. 393). — Albrecht, a. a. O., S. 310.

2) Herrgott, gen. dipl. gent. Habsb. II. n. 3, p. 3, a. 744; n. 7, p. 5, a. 758; n. 9, p. 6, a. 764; n. 10, p. 6, a. 765. — Neugart l. c. n. 70, a. 778.

3) Albrecht, a. a. O., S. 306.



Digitized by Google

bene Grund die Veranlassung gegeben haben mochte, zu Gunsten der geistlichen Corporationen eine Ausnahme eintreten zu lassen, welche auch auf die weltlichen Herren von Unfreien in der Folge ausgedehnt wurde, so konnte doch immer nur auf den Grund eines besondern Privilegiums das dem Unfreien wegen eines Verbrechens abgesprochene Vermögen von dem Herrn desselben in Anspruch genommen werden. Privilegien dieser Art mochten freilich wohl so häufig ertheilt sein, daß die Verfasser der Rechtsbücher den Anspruch des Herrn als die Regel ansehen konnten; aber daß sich dieses Recht des Herrn nicht von selbst verstand, ergibt sich daraus, daß nicht nur solche Privilegien später noch ausdrücklich ertheilt sind [1]), sondern daß auch in einzelnen Fällen die Confiscation wenigstens eines Theiles des Vermögens des Unfreien ausdrücklich vorbehalten wurde [2]).

## §. 5. Gegenstand des Eigenthums.

Gegenstand des Eigenthums waren nicht blos körperliche Sachen, sondern auch Rechte, jedoch nur solche, die auf Grund und Boden radicirt sind. Dieses gilt z. B. vom Zehntrecht. In einer Urk. v. J. 1229 ist die Rede von „dominium decimarum" [3]), in einer andern v. J. 1315 von „Aigenschaft des Zehenten" [4]). Ferner von Grundrenten:

Urk. v. J. 1282 (b. Haltaus, gloss. v. eigen, p. 282):
— decem Marcarum Redditus de nostris bonis in V. jure proprietatis possessos —

Urk. v. J. 1338 (Mon. B. t. 23, n. 68, p. 107):
(Ich bekenne, daß ich) Dritzehn schilling Auspurger pfenning

1) Priv. des Herzogs Ulrich von Kärnthen für die bischöfl. Kirche in Freisingen v. J. 1260 (Meichelb., hist. Fris. t. 2, p. 2, pag. 64). Pr. der Herzöge Otto, Ludwig und Stephan von Baiern für das Kloster Raitenhaslach v. J. 1295 (Mon. B. t. 3, p. 180).

2) Pr. des Herzogs Heinrich von Baiern für das Kloster Alderspach vom J. 1283 (daſ. t. 5, p. 387). Bestätigung dieses Priv. durch den Herzog Otto v. J. 1295 (daſ. p. 403).

3) Wenck, Heſſ. Landesgeſ., B. 2, Urk. n. 111.

4) Mon. B. t. 18, p. 79; vrgl. ferner daſ. t. 21, n. 60, p. 437, a. 1387; n. 154, p. 540, a. 1464; t. 22, n. 78, p. 285, a. 1337; n. 151, p. 431, a. 1419; n. 153, p. 438, a. 1426.

Digitized by Google

gelts, die ich ze rechtem Aigen iaerlichen gült gehabt — verkauft — han — ze rechtem Aigen [1]).

von der Vogtei:

Urk. v. J. 1282 (de Falckenstein, l. c., n. 75):
— Unde cum predictus dominus noster Abbas — supradictam advocatiam tonavit et transtulit in — Dominum Episcopum — titulo proprietatis sive Dominii perpetuo possidendam.

Urk. v. J. 1416 (Mon. B., t. 22, n. 144, p. 411):
(Wir bekennen, daß wir) Vnser — vogteye vnd vogtreht vff des Gotzhawss hof — als wirs — von recht oder gewonhait mangew Jar mit nutz mit gewer vnd in stiller gewer herbraht — vnd rehts aigen gewesen ist für ein freys — gut vnd für rehts aigen — verchaufft — haben [2]).

vom Patronatrecht:

Urk. v. J. 1302 (de Falckenstein, l. c., n. 133):
— dictus miles — Jus Patronatus ejusdem Ecclesiae jure proprietatis et Dominii, quod ipsum — possidebat, in nos — transtulit.

Urk. v. J. 1308 (Mon. B., t. 24, n. 29, p. 341):
— die Chirchensätze di sin rechtez aigen waren — [3]).

von der Gerichtsbarkeit [4]) u. s. w.

## III. Von dem sogenannten getheilten Eigenthum.

### §. 6. Von dem Besitz nach Lehenrecht.

Das deutsche Eigenthum enthielt in der frühesten Zeit die vollständigste Herrschaft über die Sache, welche durch die Ausdrücke dominium, dominatio, rem dominare sehr passend be-

1) Vrgl. de Falckenstein, cod. dipl. Nordg. n. 177, a. 1313. — Mon. B. t. 18, n. 293, p. 338, a. 1417; t. 26, n. 444, p. 534, a. 1478.
2) Meichelb., l. c. t. 2, p. 2, p. 39, a. 1253. — Mon. B., t. 22, n. 156, p. 445, a. 1430; t. 23, n. 77, p. 127, a. 1344; t. 24, n. 73, p. 91, a. 1343.
3) de Falckenstein, l. c. n. 144, a. 1304. — Mon. B., t. 8, n. 55, p. 225, a. 1330; n. 56, p. 230, a. 1331.
4) Günther, cod. Rh. M. t. 4, n. 236, a. 1451.



Digitized by Google

zeichnet wird. Der Eigenthümer konnte die Sache auf jede mögliche Art gebrauchen, da die der Staatsgewalt als Regalien zugewiesenen Nutzungen der Grundstücke erst spätern Ursprunges sind [1]), gleichwie die Beschränkungen in der freien Befugniß der Veräußerung. Eine unwiderrufliche Uebertragung der Benutzung auf einen Andern war dem ältern Rechte fremd, indem das Lehen anfänglich einen ganz precären Charakter hatte (beneficium) [2]). Dasselbe konnte daher in seinem Ursprunge durchaus keine Veranlassung zu der Ansicht geben, daß ein Theil der Eigenthumsrechte auf den Lehensmann übergegangen sei; und wenn derselbe auch später ein lebenslängliches, nur aus bestimmten Gründen widerrufliches Recht am Lehen erlangte [3]), zu welchem im Verlauf der Zeit die Erblichkeit hinzukam [4]), so trat doch, ungeachtet die freieste Benutzung auf den Vasallen übergegangen war, das dem Lehensherrn verbleibende Recht der Consolidation als der eigentliche Kern des Eigenthums charakteristisch genug hervor, um welchen die auf den Vasallen übertragenen Rechte nach deren Erlöschung sich wieder ansammeln.

Die longobardischen Lehenrechtsbücher sprechen es auf das Bestimmteste aus, daß der Vasall kein Eigenthum habe, sondern daß dieses einem Andern zustehe.

> II, F. 8, §. 2: Quoniam enim possessio per beneficium (Gewere nach Lehenrecht) ad eum (vasallum) pertineat, tamen proprietas ad alium spectat [5]).

Daher wird auch in II, F. 8 pr. vom Vasallen gesagt, ut tanquam dominus a quolibet possidente possit sibi quasi vindicare, wobei sich in der Glosse auf die dem Emphyteuten und Superficiar zustehende rei vindicatio utilis bezogen wird.

Auf gleiche Weise wird in den deutschen Rechtsquellen der Gegensatz zwischen Lehen und Eigen stets ausdrücklich hervorgehoben. Ehe ich auf diese Nachweisung übergehe, ist die Bemerkung vorauszuschicken, daß Eigen bisweilen alles das bezeichnet, was Jemand sein Vermögen nennen kann, und in dieser weitern Bedeutung kann daher ein Lehengut ebensowohl ein eignes des Lehensherrn als des

1) Eichhorn, R. G. §. 58.
2) Das. §. 26, 27.
3) Das. §. 119, 201, 205.
4) Das. §. 141, 234 a., 259 Note b. u. c.
5) II. F. 23, §. 2.

Digitized by Google

Vasallen genannt werden *). Wenn aber von dem Verhältniß zwischen dem Rechte des Lehensherrn und des Vasallen am Grundstücke die Rede ist, so wird immer nur das erste Eigen genannt:

Urk. v. J. 1295 (b. de Falckenstein, l. c., n. 111):

Curiam sitam in F. quam — O. de R. et fratres sui a nobis jure possident ac titulo feudali — nec non omnia et singula alia seu feuda per ipsam Villam F. constituta quorum proprietas et Dominium ad nos spectare dignoscitur, eidem Domino Episcopo — donavimus.

Urk. v. J. 1302 (daſ. n. 130):

Partem curie — quam — C. — titulo feudali tenuit et possedit a nobis, quoad jus proprietatis et dominii nobis competens in eadem — in Dominum Episcopum transtulimus.

Urk. v. J. 1378 (daſ. n. 273):

Ich — tun chunt — daz ich den — Grafen zu Oetingen vfgeben han — alle die Gut — die mein rechte aygene Gut bisher gewesen sint, vnd von meinen obgenanten Herrn von Oetingen wider zu Lehen empfangen han — die alle fürbaz Lehen sint vnd nit mer aygen.

Bibrauer Weisthum v. J. 1385 (bei Grimm, Deutsch. R.-A., S. 502):

Wir wisen uf unsern eid Biger mark, walt, wasser und weide — den merkern zu rechtlichem eigen u. han die von niemand ze lehen — dan sie ir recht eigen ist.

Dieser Sprachgebrauch zeigt sich besonders dann, wenn Rechtsgeschäfte beschrieben werden, durch welche der Lehensherr sein Recht entweder zu Gunsten des Vasallen oder eines Dritten, an welchen der Vasall das Lehen verkauft hat, aufgibt, und also das bisherige Lehen in der Hand des Vasallen oder des Käufers in Eigenthum verwandelt wird.

Auf den ersten Fall beziehen sich folgende Stellen:

Urk. v. J. 1145 (bei Wenck, Hess. Landesgesch., B. 2, Urk. 67):

Reddidit enim nobis (dem Abt zu Hersfeld) idem Comes (von

*) Schilter, cod. jur. feud. c. 64, §. 4; in glossar. p. 258. — Haltaus, gloss. v. eigen. p. 283. 3.

Henneberg) quatuor mansos in W. positos, quos ipse beneficiario jure ab Ecclesia nostra habuerat, ea videlicet conditione, ut eosdem mansos — ipsi et heredibus ejus in proprietatem perpetuam legitimam traderemus.

Urk. v. J. 1409 (Mon. B. t. 21, p. 62):

(Wir bekennen) das wir verchauft vnd vergeben haben H. H. vnd allen seinen erben Vnser lehenschaft die wir gehabt haben auf seinem gütel. — Also aigen wir (die Lehensherren) Im vnd sein erben das egenant gütel vnd sagen sy auch der egenanten lehenschaft quit ledig vnd los.

Urk. v. J. 1420 (daſ. t. 18, n. 308, p. 359):

Wir Ernst vnd Wilhalm von gotz genaden Pfallzgrauen — Bekennen — vmb die Zway gut — die L. R — von vns ze lehen gehabt hat, daz wir Jm — der lehenschaft der obgenanten gut — vertzigen vnd die Jm vn seinen erben übergeben vnd geaigent haben *).

Auf den zweiten Fall:

Urk. v. J. 1297 (Mon. B. t. 18, n. 26, p. 27):

Wir Rudolf von gots gnaden phalnzgrave ze dem Rein — tvn chvnt — daz vnser getriwer Diener N. N. hat verchauffet mit vnser gunst — den frawen sant Chlaren Ordens ze Munchen zwen Höf — vnt an (eine) Mül — vnd die selben Hoef hat es (leg. er) in (ihnen) geben für ein vreiez eigen, So geben wir in (ihnen) eigenschaft an der Mül die vor (vorher) leihen von vns ist gewesen. Die zwei Höfe, welche im Eigenthum des Verkäufers waren, wurden als solches übergeben; die Mühle aber war Lehen, und daher erklärt der Lehensherr, daß er den Käufern gleichfalls Eigenthum an derselben übertragen wolle.

Urk. v. J. 1310 (daſ. n. 65, p. 64):

Wir Rudolf vnde Ludweich von gots genaden pfallenzgrafen bei dem Rein — tuon chunt — wan Agnes — iren Hof ze M — den si von vns (ze) Lehen het, hat gegeben dem Chloster vnd den vrawen sant Chlaren ordens ze

*) Daſ. n. 362, p. 418, a. 1438; n. 378, p. 436, a. 1445.

Digitized by Google

Munchen — haben wir den selben vrawen diu aigenschaft dez selben hofs gegeben.

Urk. v. J. 1326 (daſ. t. 23, n. 39, p. 58):

(Der Lehensmann gibt hier ſein Lehen an ein Kloſter und bewegt den Lehensherrn, auch ſein Recht zu Gunſten deſſelben aufzugeben) do gaben wir (der Lehensherr) den vorgenanten Herren von sant Ulrich — die Aigenschaft — vnd verzihen vns — aller der rechten, die wir — haben möhten — ez si von Aygenschaft oder Lehenschaft [1]).

In den vorſtehenden Urkunden wird das Recht des Lehensherrn am Lehen Eigenſchaft oder Lehenſchaft [2]) genannt, und zeigt ſich darin als das ausſchließliche Eigenthum, daß nur vom Lehensherrn, wenn er zu Gunſten des Vaſallen oder des Käufers darauf verzichtet, geſagt wird, daß er die Lehenſchaft eigne, daß er Eigenſchaft an dem Gute übertrage. Die Herrſchaft, welche dem Lehensherrn und dem Vaſallen über dieſelbe Sache zuſteht, iſt daher für beide nicht ein ſich gegenſeitig beſchränkendes Eigenthum. Wenn die entgegengeſetzte Anſicht die richtige wäre, ſo würde, wenn der Vaſall ſein Recht am Lehen veräußert, und der Lehensherr zu Gunſten des Erwerbers auf ſein Obereigenthum verzichtet, alſo beide das ihnen gegenſeitig zuſtehende Eigenthum übertragen, in den Quellen nothwendig die Wendung vorkommen müſſen, daß beide das Lehen dem Erwerber geeignet hätten; allein ſtatt deſſen heißt es ſtets, daß der Vaſall ſein Lehen verkauft oder verſchenkt, und daß der Lehensherr daſſelbe dem Käufer oder Schenker geeignet habe.

Daraus nun, daß nur dem Lehensherrn Eigenthum beigelegt wird, erklärt es ſich auch, daß die Rechtsquellen dieſes Eigenthum mit einem beſondern Prädicate nicht bezeichnen, denn der Ausdruck inwert aigen, welcher das Obereigenthum bezeichnen ſoll [3]),

1) Daſ. t. 18, p. 23, a. 1296; p. 112, a. 1325; p. 118, a. 1327; p. 131, a. 1331; p. 280, a. 1404. t. 21, p. 392, a. 1305. t. 22, n. 63, p. 265, a. 1330.

2) Hin und wieder heißt auch das Recht des Vaſallen Lehenſchaft (Mon. B. t. 5, n. 27, p. 483, a. 1344; t. 23, n. 51, p. 77, a. 1331. — Haltaus, gloss., v. lehnschaft); eine gleiche doppelte Bedeutung hat der Ausdruck Lehnsgewere (Albrecht, a. a. O., S. 7 f.).

3) Grimm, Deutſche R.-A., S. 562, Note **. — Schmeller, Bayer. Wörterb., Th. 4, S. 161.

Digitized by Google

hat wahrscheinlich eine ganz andere Bedeutung [1]). Der Lehensherr heißt daher schlechthin Eigenherr [2]).

1) Haltaus, v. inwarts eigen, erklärt es durch bona propria incorporata, welchem Phillips, Deut. Priv.-R., S. 325, Note 14, beizustimmen scheint, indem es so viel als eingewehrtes Eigen bedeuten soll. Dieß scheint die richtige Ansicht, sofern diese Ausdrücke ein solches Grundstück bezeichnen sollen, welches in einer bestimmten Feldmark (Hofmark) liegt, und einem bestimmten Gerichte unterworfen ist. Es kommt hierbei nichts darauf an, ob dem Gerichtsherrn das volle oder nur das Obereigenthum, oder einem Dritten das volle oder nur das Untereigenthum zusteht. Die Unterwerfung unter ein bestimmtes Gericht hat die Folge, daß ein solches Gut unter der Auctorität dieses Gerichtes übertragen und der neue Erwerber in das Gut eingewert werden muß. (Haltaus, v. einwaeren). Urk. v. J. 1256 (Meichelbeck, l. c. t. 2, p. 2; instrum. pag. 21): Notum esse cupimus, quod Uto de Salmanskirchen nec non A. uxor ejusdem existentes de familia Ecclesiae Frisingensis possessiones suas in eadem villa sitas et utrique jure proprietario portionaliter pertinentes — quae possessiones sitae in villa praedicta semper et sine lite fuerunt de possessionibus Frisingensis Ecclesiae, quod vulgo dicitur in Wertsaigen, dederunt in remedium animarum suarum. Das Grundstück gehörte als Eigenthum einem Ministerialen der freising. Kirche und lag in der Hofmark der Villa Salmanskirchen. Urk. v. J. 1295 (Mon. B. t. 3, n. 78, p. 181): Ist aber, dass man des Gotshaus man ainen anspricht um aigen und um Lehen, und dass dasselb aigen, und Lehen des Mannes ist, dem man darüber anspricht, und nicht das Gotshaus, der sol das Recht von unsern (des Herzogs von Baiern) Richtern tün und nicht von den Abbt; an (ausgenommen) die Leut, di des Gotshaus in wertz aigen habent, das sol der Abbt — selber richten. Diese Stelle scheint von der Verleihung der Hofmark-Gerichtsbarkeit verstanden werden zu müssen, wie sie oft, z. B. in dem Hofmarks-Recht des Klosters Rot (gegen 1400), vorkommt: Es hat das Gotshaus in der Hofmark zu richten umb Grund und Poden erb und eigen was darein und darzu gehört so ver und weitt der Pflueg und die Sänsen derselben Hofmark Gründt und Poden raicht (Mon. B. t. 2, p. 101). Jene, sowie mehrere andere von Schmeller angeführte Urkunden können auf das Obereigenthum nicht wohl bezogen werden, besonders spricht aber gegen diese Deutung eine Urk. v. J. 1400 (Mon. B. t. 2, n. 227, p. 56): Ich C — (und) D. mein wirtin veriehen daz wir vermacht und geaigent haben unser Gut zu K. das einwaerts aigen ist des Gotshaus ze Rot zu rechter heurats gut Hainrich dem Taenner und unser lieben Basen, — denn es wird hier das volle Eigenthum übertragen.

2) Mon. B. t. 25, n. 170, p. 396, a, 1481; n. 211, p. 489, a. 1493; n. 249, p. 565, a. 1497; n, 179, p. 422, a. 1485.

Digitized by Google

### §. 7. Von dem Besitz nach Hofrecht.

Der Besitz nach Hofrecht beruhete, gleichwie der nach Lehenrecht ursprünglich auf der Gnade des Herrn [1]). Eine feste Sitte trat aber bald an die Stelle der Willkür, und der Hofmann erlangte ein Recht am Gut, welches auf die Erben überging [2]). Am früheſten kommt ein Erbrecht in dem Falle vor, wenn bei einer an die Kirche geſchehenen Tradition dieſes ausbedungen wurde [3]). Aber ſchon ſeit dem 9. Jahrh. bildet ſich nach und nach die Regel, daß der Hofhörige am Hofgut ein erbliches Recht habe; und nur aus beſtimmten Gründen, vornehmlich wenn er mit den jährlich zu entrichtenden Leiſtungen im Rückſtand blieb, konnte er durch das Urtheil der Genoſſen im Hofgericht des Gutes entſetzt („enterbt") werden [4]).

Lehenbrief vom Jahr 1136 (b. Günther, Cod. Rh. M. t. 1. n. 111):

> Ego Godefridus gratia Dei prepositus in domo sancti Petri Treviri — notum esse volumus. qualiter uineam unam salice terre — in villa C— cuidam homini ejusdem curie Rezelino uidelicet suisque heredibus colendam concessimus — ea scilicet ratione. ut diligenter eam colant. et fratribus

---

1) Zeitſchr. f. geſch. Rechtsw., Th. I, S. 163 ff. — Eichhorn, Rechtsg., §. 62 a.

2) Die Erinnerung an die urſprünglich precäre Natur des hofrechtlichen Beſitzes hat ſich, auch nachdem derſelbe ſchon längſt erblich geworden war, in dem dafür vorkommenden Ausdruck Gnade erhalten. Mon. B. t. 15, n. 52, p. 335, a. 1437, wo ein Hofmann „dy gnad vnd pawrecht", die er auf einem Hof gehabt, dem Leiherrn verkauft; vgl. daſ. n. 30, p. 302, a. 1367.

3) Urk. v. J. 789 (b. Schoepflin, Als. dipl. t. 1, n. 63). — v. J. 798 (bei Neugart, cod. dipl. Al. t. 1, n. 135). — vom J. 776 (Herrgott, geneal. dipl. gent. Habsb. t. 2, n. 15, p. 8). — v. J. 779 (daſ. n. 17, p. 9).

4) Diplom des Kaiſers Heinrich III. v. J. 1056 (ab Hontheim, histor. Trevir. dipl. t. 1, p. 399). — Diplom des Kaiſers Heinrich IV. v. J. 1065: Si propter census negligentiam vel ob quamlibet etiam culpam mansus aut possessio alicujus hominis in placito abbatis publicatum sive dominicatum fuerit (daſ. p. 409). — Urk. v. J. 1135 (daſ. p. 527).

Digitized by Google

dimidiam partem uini tribuant. dimidia parte sibi retenta. Et ne cuiquam preposito uel canonico qui fuerat predicte uille procurator eandem curiam illis auferre liceat. nisi vel solitudinis uel fraudis conuincantur. et judicio parium suorum ab hac hereditate alienentur. hanc cartam sigilli sancti Petri impressione signauimus.

Schon in Urkunden des 10. Jahrhunderts wird bei einzelnen Höfen die Erblichkeit der Leihen als etwas schon längst Bestehendes erwähnt [1]). Aber nicht überall trat dieses günstige Verhältniß für die Hintersassen ein, indem sich hin und wieder der precäre Charakter ihres Besitzrechtes erhielt [2]).

Wenn nun die Praxis dem Leihemann ein dominium utile beilegt, so ist dieses nur von dem Falle zu verstehen, wo derselbe das Gut mit erblichem Rechte inne hat. Da aber der Vasall, welcher sein Recht am Lehen nicht blos vor dem Lehenhofe seines Herrn, sondern selbst in den ordentlichen Gerichten verfolgen konnte, in keiner Beziehung als Eigenthümer anerkannt wurde, so läßt sich erwarten, daß ein Eigenthumsrecht noch viel weniger dem Hofhörigen an seinem Leihegut zugestanden sei, da er zur Vertheidigung seines Rechtes nur im Hofgericht auftreten konnte. Dieser Umstand hinderte freilich nicht, daß dem Hofhörigen Eigenthum nach Hofrecht zustehen konnte, allein es wird in den Rechtsquellen das Eigen des Hörigen von dessen Lehen immer ausdrücklich unterschieden [3]), und in Bezug auf das Lehen nur dem Herrn das Eigenthum zugeschrieben [4]).

---

1) Versicherungsbrief des Erzbisch. Theodorich von Trier für die Erbbeständer in Pillich zwischen 965 und 975 (bei Günther, I. c. t. 1, n. 22): Nouerit — — qualiter ego Theodoricus — hominibus scilicet famulis sancti Petri in potestate Pilliaco manentibus cartam confirmationis prediorum suorum et hereditatum quae habuerunt et possederunt jure hereditario ab auitis temporibus — scribere juberimus quod et fecimus eo rationis tenore ut — — possideant fauste, successoribus quandoque relinquant et liberam habeant potestatem de predictis inter se donandi vendendi commutandi.

2) Maurenbrecher, Deutsch. P.-R., §. 673, Note g.

3) S. S. 200, Note 1. — Abgedruckte Urk. v. J. 1295 im Anf.

4) In der im Text zu Note *) S. 197 angeführten weitern Bedeutung wird der Leihemann auch wohl Eigener genannt, z. B. in dem Recht des Hofes

Urk. v. J. 1293 (bei de Falkenstein, l. c. n. 104):
— duas areas — a reverendo — Episcopo Eystettensi pro me et heredibus meis recepimus jure ac titulo censuali, cum ad ipsum et Ecclesiam suam Dominium et proprietas pertineat earundem; ipsi Domino Episcopo — 12 denarios et unum pullum — nomine census annis singulis — exsolvere tenebimur.

Kaiserrecht 2, c. 101 (de Senckenb., c. j. G. t. 1):
Der gut bestet czu erbe ume eynen czins — enmag ouch vorbaz keynen man med dem gude geerbin daz er feste domede sicze Ez geschy den med dez hant dez daz gut eygen ist.

Weisth. des Dorfes Sweinheim aus der Mitte des 15. Jahrh. (v. von Fichard, Wetteravia B. 1, H. 1, S. 150):
Zu dem ersten ist eyn Apt und eyn Convent des egenanten Cloisters eyn rechter grundherr des Dorffs Sweynheim und Im gehorent zu walt wasser und weyde zu rechter Eygenschaft, und wer daselbs etwas besitzet, das besitzet er zu rechtlichem erbe von In und von Irem cloister umb — zyns pacht und gulde.

Urk. v. J. 1471 (Mon. B. t. 17, n. 41, p. 357):
Ich — Bekenn fur mich mein eliche Hausfrawen all vnser erben vnd nachkummen — das wir — zu ainem rechten erb — vererbt haben — die gerechtigkait [1]) so wir an vnserm Hof des aigenschaft Hanns Z. Innhat — gehabt haben — dem beschaiden H. B.

Urk. v. J. 1496 (daſ. n. 69, p. 419):
(Wir haben verkauft) vnsere aygen Hub — die itz Stephan W. pavet vnd zu Erbe Innen hat, alles für freys ledigs vnbekumerts aygen [2]).

---

zu Westhofen, §. 7 und 9 (bei Senckenb., c. j. G. mant. doc., p. CXVI).

1) Mon. B. t. 4, n. 61, p. 391, a. 1480; t. 2, p. 427, a. 1440.

2) Schmeller, Bayer. Wörterb., Th. 2, S. 436, hält frei, ledig (lauter), eigen für gleichbedeutend mit ludeigen, welches derselbe S. 441 durch ganz eigen, allodialis erklärt, so daß es also den Gegensatz eines geliehenen Gutes bezeichnet. Diese Bedeutung kommt al-

Digitized by Google

Descript. bonor. monasterii Michelfeld a. 1500 (daſ. t. 25, n. 250, p. 569):

Alle obgeschriebene dorffer mit iren Zuegehorungen — sindt mit grundt vnd poden vnsers Closters aigen — das erbe der gepauern [1]).

Daher wird auch nur der Leiheherr Grundherr [2]) oder Grund- und Eigenthumsherr [3]) genannt, und ſein Recht am Grund und Boden dem des Leihemannes, welches in der Regel jus hereditarium, colonarium, Erbrecht, Baurecht heißt, entgegengeſetzt.

Wenn nun nach dem Bisherigen das erbliche Recht des Hofmannes [4]) als Eigenthum nicht angeſehen werden kann, ſo

---

lerdings vor, iſt aber nicht die einzige, wie dieſe und mehrere andere Stellen (Mon. B. t. 18, p. 353, a. 1419; t. 25, p. 149, a. 1361) beweiſen, in welchen das Eigenthum, obwohl es durch das erbliche Recht des Leihemannes beſchränkt iſt, ein freies lediges Eigen genannt wird. Die regelmäßige Bedeutung iſt vielmehr die, daß freies lediges Eigen ein Grundſtück bezeichnet, welches nicht mit Reallaſten beſchwert iſt (Mon. B. t. 17, n. 66, p. 414, a. 1495; n. 67, ej. a.; t. 18, n. 475, p. 562, a. 1473; t. 21, n. 25, p. 322, a. 1474; n. 32, p. 333, a. 1479; t. 22, n. 102, p. 324, a. 1352). Daher wird auch ein Lehen ein lediges freies genannt (daſ. t. 18, p. 177, a. 1350; t. 21, p. 92, a. 1429; t. 24, p. 517, a. 1401), wenn neben der contractlichen Lehenspräſtation keine Reallaſten darauf liegen.

1) Mon. B. t. 7, n. 4, p. 232, a. 1330.

2) Grenzhauſer Weisth. aus dem 15. Jahrh. (bei de Senckenb. c. j. G. t. 1, p. 2, n. 9). Auszug aus einem Weisth. zu Oberhirzenach v. J. 1451 (Günther, cod. Rh. M. t. 4, n. 236). Pillerſeer Hofmarksrecht, v. J. 1466 (Mon. B. t. 2, p. 103). Recht des Kloſters Aſpach (daſ. t. 5, p. 220). Urk. v. J. 1480 (daſ. t. 4, n. 61, p. 391).

3) Crumbacher Weisth. aus dem 15. Jahrh. (bei de Senckenb., l. c. n. 10).

4) In den Hofrechten wird die Erblichkeit des Rechtes in der Regel ausdrücklich anerkannt: Rückshof Brackel Gerechtigkeit v. J. 1299 (Sommer, Handb. über d. bäuerl. Rechtsverh., Th. I, B. 2, S. 54). Recht und Privilegien des Haves Weſthaven, §. 11, v. J. 1322 (daſ. S. 38). Jura colonorum in Ammergau v. J. 1330 (Mon. B., t. 7, p. 232). Hofrechte des cölniſchen Hofes zu Schwelm zwiſchen den Jahren 1363 und 1359, §. 4 (Sommer, a. a. O., 66). Recht des Hofes Stockum

Digitized by Google

fragt es sich, welchen andern Rechten dasselbe zur Seite zu stellen sei. Dem Begriffe nach liegt kein Widerspruch darin, daß das erbliche Nutzungsrecht an einem Grundstücke ein persönliches, also im Ganzen ein auf die Erben übergehendes Pachtverhältniß sei. Allein das deutsche Recht hat diesen Gesichtspunkt nicht aufgefaßt, wie jetzt an mehreren Befugnissen des Leihemanns gezeigt werden soll, welche sein Recht als ein dingliches darstellen. Dahin gehört die Befugniß des Leihemannes, sein Recht am Gut mit Einwilligung des Herrn zu veräußern[1]), welche jenem in den Hofrechten und Leihebriefen regelmäßig eingeräumt ist. Wenn nun aber die Veräußerung ohne Consens unerlaubt und mit Verlust des Rechtes bedrohet war, so stand es doch nicht in der bloßen Willkür des Herrn, seine Einwilligung zu verweigern, sondern nur aus gewissen Gründen, vornehmlich wenn der neue Erwerber zur Bewirthschaftung des Gutes untüchtig und kein Genosse des Veräußerers war, konnte der Herr seinen Widerspruch durchsetzen, worüber die Genossen zu entscheiden hatten[2]). Man könnte freilich diese Uebertragung des erblichen Besitzrechtes mit einer Aftermiethe vergleichen, wenn man unpassenden Analogieen des römischen Rechtes auf dem Gebiete des deutschen Raum gönnen dürfte. Daß dem Leihemann nicht blos ein persönlicher Anspruch gegen den Leiheherrn auf Fortsetzung des Leiheverhältnisses,

---

v. J. 1370, §. 3 (daſ. S. 156). Jura praepositurae Köztingensis c. a. 1400 (M. B., t. 2, p. 111). Instrumentum de juribus curtis in Dursten, a. 1401, art. 7 (Sommer, S. 201). Aspeler Hofsrecht v. J. 1499 (daſ. 59). Rechte des Oberhofes Eickel erneuert gegen 1500, §. 19, 20 u. 23 (daſ. S. 76 u. 77).

1) Membrana Meinhardi abbatis de juribus Maurimonasterii c. a. 1144 (Schoepfl., Al. dipl. t. 1, n. 265, p. 226). Recht des Hayes zu Westhoven alten Kluhtengerichts, §. 9 (Sommer, a. a. O., S. 36). Hofrechte des kölnischen Hofes zu Schwelm §. 5 (Sommer, S. 67). Schoplenberger Hovesrechte und Gesetze (daſ. S. 32). Saalbuch des Klosters Ebersheim v. J. 1320 (b. Schilter, cod. jur. feud., p. 367). Großenheimer Hofrecht (daſ. S. 369). Ausspruch des Fürstengerichts zu Ravenna im J. 1232 (Pertz, mon. t. 4, p. 294). Urk. v. J. 1361 (Mon. B. t. 25, n. 49, p. 149). Desgl. oben S. 201, Note 1.

2) Weisth. der Vogtei Stumm v. J. 1440 (Mon. B., t. 2, p. 428). Chiemseer Gotteshausrecht v. J. 1462 (daſ. S. 523 u. 525). Jura praepositurae Köztingensis c. a. 1400 (daſ. p. 110).

Digitized by Google

ſondern ein Recht am Gute ſelbſt zuſtand, ergibt ſich ferner daraus, daß bei einer Veräußerung von Seiten des Leiheherrn der neue Erwerber das Recht des Leihemanns anerkennen mußte, und denſelben daher ebenſowenig des Gutes entſetzen konnte, als dieſes dem Verleiher ſelbſt geſtattet war. Der Grundſatz: Kauf bricht Miethe galt alſo bei den erblichen Leihen nicht [1]). Es war dieſes ſo wenig einem Zweifel unterworfen, daß man es nicht für nöthig hielt, bei Veräußerungen von Seiten des Leiheherrn, dem neuen Erwerber die Anerkennung des Erbrechts des Leihemanns zur Pflicht zu machen. Wenn dieſes aber dennoch hin und wieder geſchehen iſt [2]), ſo kann daraus nicht der Schluß gezogen werden, daß es dem neuen Erwerber allerdings freigeſtanden, den Leihemann abzutreiben, wenn eine ſolche Bedingung nicht geſetzt ſei. Zur Beſtimmung der Natur des Rechtes des Hofmannes iſt endlich der Umſtand entſcheidend, daß demſelben an dem Hofgute eine Gewere (nach Hofrecht) zuſtand. Die Belehnung mit dem Gute geſchah nämlich im Hofgericht [3]), und gewährte nach Ablauf von Jahr und Tag Sicherheit gegen die Anſprüche Dritter:

Schoplenberger Hovesrechte und Geſetze (bei Sommer, a. a. O., S. 32:

> Item, ſete vick eyn Hovesmann in eynen Hovesgude Jar und Dag ſunder einige rechte byſpracke und na Jar und Dage eyn queme und makede eme dat byſprecke, ſo ſal und mag dey belende Man nemen eynen beneden ſich ſyner Naber und enen boven ſick, geſchworner Hoveslyde, und ſal dan ſyn Gud neger ſyn to behalden, dan eymant to eme in to gan oder af to ſegen [4]).

Der Hofmann hatte daher das Recht, ſein Hofgut als Kläger und Verklagter im Hofgericht [5]) und ſpäter, als die Hofver-

1) Solmsſches Landrecht (1571) Th. 2, Tit. 7, §. 3.
2) Urk. v. J. 1429 (Mon. B., t. 25, n. 3, p. 27).
3) Schoplenberger Hovesrecht und Geſetze (Sommer, a. a. O. S. 32). Hofrecht des kölniſchen Hofes zu Schwelm, §. 2 u. 3 (daſ. S. 66). Saalbuch des Kloſters Ebersheim (bei Schilter, l. c. p. 367). Augsburger Statut 341 (Walch, Th. 4, S. 329).
4) Hofsrecht des kölniſchen Hofes zu Schwelm, §. 9 (Sommer, S. 67). Statute und Rechte des Hofes tho Herdicke, §. 8 (daſ. S. 62).
5) Daſ. §. 2, Recht des Kloſters Aspach (Mon. B. t. 5, p. 220).

Digitized by Google

fassung immer mehr verfiel, im Landgericht [1]) auf eigene Gefahr und Kosten zu vertreten.

## IV. Resultat.

### §. 8.

An die im Vorstehenden versuchte Entwickelung der Grundsätze des deutschen Rechtes muß sich nunmehr die Beantwortung der Frage knüpfen, was sich davon im Widerspruch mit dem römischen erhalten habe. Hier bedarf es keines Beweises, daß der Gegensatz des ältern Rechtes im Eigenthume nach Volksrecht und Hofrecht mit der Veränderung der frühern Gerichtsverfassung untergegangen ist, und daß wir schon lange nur ein von dem Stande der Person ganz unabhängiges Eigenthum haben. Ebenso unzweifelhaft ist es, daß die Ansicht des deutschen Rechts, welches auch ein Eigenthum an unkörperlichen Sachen zuließ, sich nicht erhalten hat [2]); die Verhältnisse, in welchen dasselbe angenommen wurde, haben je nach ihrer verschiedenen Natur im System ihre Stelle gefunden, z. B. die Grundrenten als Reallasten bei den dinglichen Rechten an einer fremden Sache.

Rücksichtlich des sogen. getheilten Eigenthums aber ist zwischen dem deutschen und römischen Rechte kein Widerspruch, beiden ist es gleichmäßig unbekannt; denn daß das Eigenthum auf dem Princip der Gewere beruht habe, und daß daher da, wo diese vorhanden gewesen sei, auch jenes angenommen werden müsse, widerspricht den Quellen geradezu. Das Vorhandensein der Gewere bezeichnet nur die derselben zum Grunde liegenden Rechte als dingliche, läßt aber niemals den Schluß auf die materielle Gleichartigkeit dieser Rechte zu. Die von Phillips weiter aufgestellte Behauptung, daß die Gewere ein den Glossa-

1) Urk. v. J. 1408 (Mon. B. t. 27, n. 455, p. 417). Urk. v. J. 1551 (das. n. 478, p. 449).

2) Im preuß. Landr., Th. I, Tit. 8, §. 2 („Alles, was einen ausschließlichen Nutzen gewähren kann, ist ein Gegenstand des Eigenthums"), und in dem österreich. Gesetzbuch, §. 353 („Alles, was jemandem zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen heißen sein Eigenthum") hat sich der Begriff des Eigenthums in den des Vermögens aufgelöst.

Digitized by Google

toren geläufiger Begriff gewesen sei, und die doppelte Gewere beim Lehen sie veranlaßt habe, hier ein auf gleiche Weise getheiltes Eigenthum anzunehmen, welches nachher auf ähnliche Verhältnisse übertragen sei, findet in der Glosse keine Bestätigung. Abgesehen davon, daß die ganz römische Form, in welche die Lehensgewohnheiten von den Sammlern gebracht sind, keine Veranlassung gab, auf germanische Rechtssätze zurückzugehen, ist es bekannt genug, wie die gelehrten Juristen, mit den Glossatoren an ihrer Spitze, nur das römische und kanonische Recht überall gelten lassen wollten.

Da das dominium utile sich als Eigenthum nicht geltend machen kann, so ist es auch unstatthaft, die von diesem geltenden Grundsätze bei jenem direct zur Anwendung zu bringen. Die praktischen Folgen hiervon zeigen sich nicht blos bei der Beantwortung der Frage, ob der Lehensherr als Eigenthümer einen Anspruch habe auf den auf dem Lehengute gefundenen Schatz, oder die entstandene Flußinsel. Schon die Glosse zu §. 39, T. de divis. rer. (2. 1.) verb. suo und zu L. 1, C. de thes. (10, 14) verb. nam in suis läßt den Vasallen und Emphyteuten denselben erwerben, welcher Ansicht die Mehrzahl der Juristen gefolgt ist; während es doch wohl consequenter wäre, die dem Eigenthümer zufallende Hälfte zwischen dem dominus directus und utilis zu theilen [1]); denn der von Zoesius [2]) angegebene Grund: nam licet non habeat plenum dominium, habet tamen utile, cujus respectu omnis rei utilitas, sive in fructu sit sive non, spectat ad emphyteutam, non ad dominum kann die Ausschließung des Obereigenthümers doch wahrlich nicht rechtfertigen. Daß der Lehensmann ꝛc., wenn man dessen Eigenthum am Lehen verwirft, keinen Anspruch auf die Flußinsel und nur als Finder Theil am Schatz hat, versteht sich von selbst [3]). Der Fall aber, welcher gerade der Prüfstein sein muß, ob das dom. utile ein wahres Eigenthum oder nur ein jus in re aliena sei, zwingt die Vertheidiger des getheilten Eigenthums zu einer argen Inconsequenz. Wenn nämlich der Ober- und Untereigenthümer Antheil an der

1) S. unten S. 212, Note 3.
2) Comm. ad Dig. lib. 19, tit. 2, n. 71.
3) v. Wangerow, Leitfaden zu Pand.-Vorl., Th. I, §. 302 Anm.

Digitized by Google

Proprietät haben, und also beide als wahre Eigenthümer gelten sollen, so ist nicht einzusehen, warum das Consolidationsrecht, welches auf Seiten des ersten bei dem Erlöschen des Rechtes des letzten Statt findet, nicht auch im umgekehrten Falle eintreten sollte. Beim Lehen geschieht dieses nach ausdrücklicher Verfügung der Gesetze [1]) in der That dann, wenn der Lehensherr eine Felonie begeht. In den übrigen Fällen hingegen, in welchen das Recht des Lehensherrn erlischt (z. B. wenn derselbe unbeerbt stirbt) und bei den andern Arten des getheilten Eigenthums wird allgemein angenommen, daß das Aufhören des Rechtes des Obereigenthümers dem Untereigenthümer nicht zu Gute komme, sein bisheriges beschränktes Eigenthum daher nicht in volles verwandelt werde. Diese Inconsequenz wird dadurch nicht beseitigt, daß man annimmt, bei dem getheilten Eigenthume finde eine Zersplitterung des Eigenthums in zwei ungleichartige Theile Statt [2]), denn nur auf der Seite dessen, welchem der das Consolidationsrecht begreifende Theil zugefallen, ist Eigenthum [3]).

Obwohl Mittermaier und Maurenbrecher die von dem Standpunkt der Theorie aus gegen das getheilte Eigenthum zu machenden Einwendungen als gegründet anerkennen, so haben sie dennoch dasselbe deshalb nicht aufgegeben, weil es durch den Gerichtsgebrauch, das Juristenrecht und die spätere Gesetzgebung vollständig befestigt sei. Allein es würde traurig um unsere Wissenschaft aussehen, wenn wir alle Irrthümer, welche die Vorzeit uns überliefert hat, blos deshalb, weil sie durch das Alterthum geheiligt sind, der besseren Erkenntniß nicht zum Opfer bringen dürften. Der Gerichtsgebrauch enthält nur eine Anwendung der Theorie, erklärt und ergänzt dieselbe, und steht daher der Geltendmachung einer als richtiger anerkannten Theorie nicht im Wege [4]). Aber auch die Reichsgesetze [5]), auf welche die zur Zeit ihrer Ab-

1) II, F. 26, §. 9; II, F. 47.
2) Maurenbrecher, Deut. P.-R., §. 188.
3) v. Bangerow, a. a. O., §. 295, Anm. 1.
4) Jordan, im Arch. f. d. civ. Pr., B. 8, S. 238 ff.
5) Kam.-Ger.-Ord. v. J. 1521, Tit. 32, §. 2: „Vnd ob sich ye zu zeiten begebe, daß ainer — den andern entsetzt — sol der entsetzer dadurch directum dominium das aigenthumb oder hauptgerechtigkait der güter oder gerechtigkait — verlorn haben. Wo aber dieselbigen güter



Digitized by Google

fassung herrschende Ansicht nicht ohne Einfluß geblieben ist, können jener Praxis keine Stütze geben, da in dieselben nur die Ausdrücke übergegangen sind, mit welchen das dingliche Recht des Leiheherrn und Leihemannes damals kunstmäßig bezeichnet wurde; man kann daher nicht annehmen, daß durch den bloßen Gebrauch dieser Terminologie auch die über jenes Rechtsverhältniß überhaupt geltende Theorie eine gesetzliche Sanction erhalten habe.

Ebensowenig kann zur Rechtfertigung des Gerichtsgebrauchs auf die Particulargesetzgebung Bezug genommen werden, indem die ältere sich mehr oder weniger an die oben entwickelte Ansicht des deutschen Rechts hält, die neuere aber einen ganz andern Begriff vom Eigenthum, als das gemeine Recht, aufstellt. Die ältern württemb. Landesordnungen von 1536, 1552 und 1567 kennen die Eintheilung in dominium directum und utile nicht. Der Leiheherr wird hier „Eigenthumsherr" genannt und dem Leihemann eine „nießliche Gerechtigkeit" zugeschrieben [1]). Derselbe Sprachgebrauch findet sich auch in dem Landrecht von 1610, Th. 2, Tit. 9, §. 15 [2]). In der solmsschen Gerichts- und Landesordnung (1571) Th. 2, Tit. 5, §. 3 heißt es von der Erbleihe: „da gleichwohl der Eigenthumb bei dem Verleiher, dem Erbbestender aber vnd seinen Erben der Gebrauch vnd die Beßerung daran bleibt, erblich vnd vnwiderruflich, so lang sie den Erbzinß oder Pfacht ausrichten, vnd sich sonst gebührlich halten. Vnd heist solche Erbleyhe im Latein Emphyteusis." Und nach Tit. 6, §. 5 „Soll der Bestender — die Erbzins oder Pfächt dem Eigenthumbs-Herrn gütlich außrichten." Auch in den sächsischen Constitutionen (1572) wird der Sprachgebrauch des deutschen Rechts beibehalten, und gleichsam nur zur Erläuterung desselben die wissenschaftliche Terminologie hinzugefügt. „Nach gemeinem Kayserlichen

---

oder gerechtigkait gedachtem entsetzer mit yrem aigenthumb nit zugehören, soll er derselben werth dem entsatzten, nach ordnung gemainer recht, zu geben schuldig sein." (Vrgl. L. 7, C. unde vi). Just. pac. Osnabr. art. 11, §. 12: „Item quoque Majestas Sueciae restituat Domino Electori — reliquam Pomeraniam — pleno jure, tam quoad Dominium utile quam directum." Vrgl. art. 5, §. 27; art. 15, §. 3.

1) Wächter, Handb. des württemb. Priv.-R., B. 1, Abth. 1, S. 164, Note 28.

2) Eichhorn, Rechtsgesch., Th. 4, S. 478, Note f.

Recht ist ein Unterscheid zwischen Erb- und schlechten Zinsen. Dann von wegen schlechter Zinsgüter bona censitica genannt macht sich der Zinsmann des Guts nicht verlustig, wann er gleich die Zins davon gebührlich nicht entrichtet, welches in den Erbzinsgütern geschicht. Zu dem, so wird allein die erbliche Nutzbarkeit des Guts, utile dominium, in den Erbzinsmann Emphyteutam gewandt und behält der Lehnherr darauff den Grund Eigenthumb directum dominium, Aber solches beydes, nemlich directum et utile dominium, hat ein ieglicher schlechter Zinsmann in allen solchen seinen Gütern" (P. 2, c. 39). Die Aufnahme der Kunstausdrücke in das Gesetz war aber hinreichend, der gangbaren Theorie über das getheilte Eigenthum auch eine gesetzliche Grundlage zu geben, und die das Recht des Leiheherrn und des Erbzinsmannes am Gute ganz anders darstellenden deutschen Ausdrücke wurden weiter nicht berücksichtigt. Daher spricht auch Carpzov [1]) dem Vasallen und Emphyteuten, weil sie das dominium utile hätten, den auf dem Leihegut gefundenen Schatz zu.

Die neuere Particular-Gesetzgebung dagegen hat die Theorie über das getheilte Eigenthum schon mehr oder weniger ausführlich aufgenommen. Hierbei ist aber nicht zu übersehen, daß diese Gesetzgebungen an die Stelle des gemeinrechtlichen Begriffes des Eigenthums einen andern gesetzt, und dadurch den die Theorie des gemeinen Rechts treffenden Vorwurf vermieden haben, mit sich selbst im Widerspruch zu stehn. Hierher gehört zuerst der codex Maxim. Bav. civil. (1756). In dem vom Eigenthum handelnden 2. Cap. des 2. Buches heißt es §. 1: „Das Eigenthum ist eine Macht und Gewalt mit dem Seinigen nach eignen Belieben frey und ungehindert so weit zu disponiren, als Gesetz und Ordnung zulaßt." Ein solches Eigenthum läßt sich sehr wohl in ein dominium directum und utile zerlegen, welche Eintheilung im §. 2 erklärt wird „wann die Sach mehr Herren hat und einem davon die Grund-Herrschaft, dem andern aber nur das nutzbare Eigenthum — zugehört [2]).

1) Defin. for. p. 2, c. 53, def. 6.

2) Bei den Erwerbungsarten des Eigenthums (B. 2, C. 3) wird rücksichtlich des Schatzes (§. 4) bestimmt, daß $\frac{2}{3}$ dem Fiscus und $\frac{1}{3}$ dem dominus utilis (und dem Finder) mit Ausschluß des dominus directus zufallen sollen. Ueber das dem Emphyteuten und Vasallen zustehende dom. utile s. B. 4, C. 7 u. 18.

Digitized by Google

Nach dem weiten Begriff, den das preuß. Landrecht und das österr. Gesetzbuch über das Eigenthum aufstellen [1]), enthält die Eintheilung desselben in dom. dir. und utile gleichfalls nichts Widersprechendes. Jenes bestimmt Th. 1, Tit. 8, §. 16: „Das Eigenthum einer Sache ist getheilt, wenn die darunter begriffenen verschiedenen Rechte verschiedenen Personen zukommen" [2]), und dieses §. 357: „Kommt aber Einem nur ein Recht auf die Substanz der Sache; dem Andern dagegen, nebst einem Recht auf die Substanz, das ausschließende Recht auf derselben Nutzungen zu, dann ist das Eigenthum getheilt und für beide unvollständig" [3]).

1) S. Note 2, S. 207.

2) Nach Th. 1, Tit. 9, §. 94 ff. soll der Schatz dem nutzbaren Eigenthümer, mit Ausschluß des Obereigenthümers zufallen. Als Einleitung zu der Lehre vom Lehen und den Erbzinsgütern enthält Th. 1, Tit. 18, §. 1—13 die Theorie des getheilten Eigenthums.

3) Der Schatz, soweit er nicht dem Fiscus (½) und dem Finder (½) zufällt, soll zwischen dem Ober- und Nutzeigenthümer getheilt werden (§. 399). Von dem getheilten Eigenthum wird weiter bei den Erbpachtgütern (§§. 1122—1151) gehandelt.

Druck von Breitkopf und Härtel in Leipzig.

Digitized by Google

# Die Versorgung der Wittwen und Kinder bei standeswidrigen Ehen des deutschen hohen Adels.

Vom

Herrn Geheimen Oberrevisionsrath Dr. Heffter in Berlin.

Noch immer eine gangbare und für Viele nicht zweifelsfreie Frage! Es ist unsere Absicht, ihre Beantwortung aus den Quellen des deutschen Privatfürstenrechts, welche sich hier fast lediglich auf Herkommen und auctoritas prudentum beschränken, anders ausgedrückt, soweit sich die Rechtsidee in geschichtlichen Vorgängen und in der Auffassung und Behandlung der Frage durch die Organe des Rechts ausgeprägt hat, übrigens ohne alle Rücksicht auf einen bestimmten Fall zu versuchen. Wir schließen uns hierbei an die schon andern Orts vorgetragene Theorie in Betreff der Ebenbürtigkeit und Mißheirathen *) an, ohne daß jedoch hierdurch die Richtigkeit der gegenwärtigen Abhandlung wesentlich bedingt ist.

Zur schärferen Feststellung der Frage selbst ist vorerst daran zu erinnern, daß sich überhaupt folgende Arten standesungleicher Ehen nach deutschen Rechten unterscheiden lassen:

1) Ehen unter Personen ungleichen Standes, unter denen nach unzweifelhaften allgemeinen oder besondern Familienrechten keine Ebenbürtigkeit Statt findet, und daher auch die auf Ebenbürtigkeit beruhenden Wirkungen der Ehe nicht Platz greifen können: — notorische Mißheirathen.

*) Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht No. I., womit noch verglichen werden kann: Votum eines R. D. Publicisten zu J. L. Klüber's nachg. Schrift: die ehel. Abstamm. des fürstl. Hauses Löwenst. Wertheim. Halle, 1838. S. 64 ff.



Digitized by Google

2) Ehen unter Personen von zwar ungleichem Stande, wobei jedoch ein Mißverhältniß in Beziehung auf die von Ebenbürtigkeit abhängigen Wirkungen der Ehe rechtlich nicht feststeht: — blos standeswidrige Heirathen.

Neben beiden liegt die vertragsmäßige ungleiche, oder morganatische Ehe, d. h. jede Art standesungleicher [1]) Ehe kann durch ein sogen. morganatisches Pactum vor oder bei ihrer Eingehung als eine standesungleiche anerkannt und zugleich eine nähere Bestimmung wegen der Rechtsverhältnisse der standesungleichen Gemahlin und Descendenz, oder auch blos wegen der Einen oder der Andern getroffen werden, obschon nur innerhalb derjenigen Grenzen, welche der Vertragsfreiheit überhaupt, so wie den bei dem morganatischen Pactum Concurrirenden insbesondere gelassen sind; so daß also auch der Grundsatz der Ebenbürtigkeit, dem Recht der Familie gegenüber, ohne deren Consens nicht verletzt werden darf. Was nun in einem solchen Vertrage oder in der lex matrimonii nicht bestimmt ist, oder vermöge jener Grenzen nicht bestimmt werden konnte, ist lediglich aus dem Rechte der Ehe an sich und der Familie zu ergänzen. Für den allgemeinern juristischen Gesichtspunkt, den wir hier festzuhalten haben, ist daher vornehmlich die Frage zu erörtern: Welche Rechte erwirbt nach gemeinem deutschen Recht bei einer wahren Mißheirath, wo Ebenbürtigkeit nicht Statt findet, die Angeheirathete und deren eheliche Descendenz in Beziehung auf ihre künftige Versorgung? Ausgeschlossen bleibt aber jede nähere Untersuchung darüber, was für Ehen nach allgemeinem deutschen Herkommen für notorische Mißheirathen zu erachten seien [2]), oder ob überhaupt der obige Unterschied zwischen notorischen und nicht notorischen Mißheirathen zu rechtfertigen sei, worüber man sich anderweitig verständigen muß, endlich auch, in wie weit die Umwandlung einer Mißheirath in ein rechtsvollkommenes Matrimonium geschehen könne? Die geschichtlichen Ergebnisse für unsre Frage sind diese.

---

1) Ob auch an sich standesgleiche Ehe? wie manche annehmen, muß hier gänzlich dahingestellt bleiben.

2) Nach des Verfassers Ansicht gehören dahin nur die Ehen unter Personen aus dem hohen Adel und Bürgerstande.

Digitized by Google

In den Zeiten der Rechtsbücher, jenem Abschnitt des Mittelalters, wo sich die Abstufungen der Stände durch den Geist des Lehnwesens und kriegerischer Ehre auf das Genaueste ausgeprägt und abgeschlossen hatten, stand auch der Grundsatz unwiderlegbar fest: daß nur das ebenbürtige Kind seines Vaters Erbe nimmt; einer besondern Abfindung der nichtebenbürtigen Kinder geschieht keine Erwähnung *). Die Ebenbürtigkeit aber bestimmte sich nach den Standesverschiedenheiten der Semperfreien, oder des höchsten Adels, der Mittelfreien oder Ritterbürtigen, der gewöhnlichen Freien und der Unfreien. Völlig unbegründbar und ungeschichtlich ist jedoch, daß sich diese Abschließung der Stände und das damit in Verbindung stehende Princip der Ebenbürtigkeit sammt seinen Folgen selbst nur für die Kreise des nachherigen hohen (reichsständischen) Adels mit ungeschwächter Kraft erhalten habe. Die vormals wesentlich von der Geburt abhängigen Standesrechte konnten nach der schon im 13ten Jahrhundert entstandenen und in Ausübung gebrachten staatsrechtlichen Ansicht vermöge der dem römischen Kaiser zugeschriebenen Machtvollkommenheit auch durch kaiserliche Standeserhöhungen und Privilegien erlangt werden; dem einheimischen genossenschaftlichen Rechte zur Seite erhob sich ein gemeines kaiserliches Recht und die Autonomie des Landesherrn; neben dem herrschenden und reichsständischen Adel entstand noch eine zweite Adelsclasse durch das Ritterthum, welches beide Classen nach gleichen Gesetzen unter sich vereinigte; — wie konnte dieß Alles ohne Einfluß auf das Recht der Ebenbürtigkeit bleiben!

Stellt man die thatsächlichen Vorgänge bei den ungleichen Ehen des deutschen hohen Adels für die Zeit des ausgehenden Mittelalters, vornehmlich vom 13ten bis 16ten Jahrhundert ohne alle Schminke und vorgefaßte Meinung zusammen, so tritt darin der rechtliche Gedanke hervor: der standesungleichen Gemahlin und ihren Kindern gebührt in jedem Falle eine billige Abfindung aus dem Vermögen des Mannes und Vaters; ja kraft der kaiserlichen und geistlichen Rechte stehet den Kindern sogar ein vollkommenes

*) Vgl. Sachsenſp. 3, 72 u. 73; 1, 51. Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte II. §. 373, S. 737 f., Ausg. 2., und die schon angeführten Beitr. z. d. Staats- und Fürstenrecht I. S. 7.



Digitized by Google

Erbrecht zu, und es ist dieß selbst in Beziehung auf Stammgüter unwidersprochen geblieben und durchgesetzt, oder doch eventuell auf den Fall des Abganges aller ebenbürtigen Agnaten anerkannt, oder auch eine Abfindung dafür selbst aus Stammgütern gegeben worden, regelmäßig dann, wenn die Mutter adeligen Herkommens war. Die Abfindung der Ehegattin ist aber entweder ganz nach Gutfinden, oder nach Art einer standesgleichen Wittwenversorgung regulirt worden. Als geschichtliche Beweise mögen die folgenden dienen:

1) Graf Burchard der Aeltere von Querfurt besaß im 13ten Jahrhundert die Grafschaften Querfurt, Hardegsen und Mansfeld, so wie die Burggrafschaft Magdeburg. Bei seinem Ableben hinterließ er zwar drei Söhne, Burchard, Poppo und Gebhard; weil jedoch ihre Mutter nur aus niederm Adel oder dienstmännischem Geschlechte war, so erhielten sie blos die Herrschaft Schraplau, wovon sie sich auch Freiherrn schreiben und nennen lassen durften [1]).

2) Markgraf Heinrich der Erlauchte von Meißen, welcher bereits von einer standesgleichen Gemahlin zwei Söhne hatte, war ums Jahr 1270 mit Elisabeth von Maltitz aus ritterbürtigem noch dazu dienstmännischem Geschlechte zu einer neuen Ehe geschritten. Die hierin gezeugten Kinder, Friedrich und Herrmann, welche sammt ihrer Mutter durch ein späteres kaiserliches Diplom von 1278 von jedem Ministerialitätsnexus befreit und für völlig legitim erklärt worden waren, erhielten zwar von der väterlichen Verlassenschaft keinen gleichen Theil mit ihren standesmäßigen ältern Brüdern, wohl aber wurden ihnen nicht unbedeutende Parcellen des Meißner Landes bei der von Heinrich selbst noch veranstalteten Theilung seiner Länder angewiesen. Namentlich empfing Friedrich das Amt Dresden und Schloß Radeburg [2]).

3) Vom Landgrafen von Hessen, Otto I. († c. 1328), wird folgende Aeußerung berichtet, die er gegen seine bereits vorhandenen ebenbürtigen Söhne gethan haben soll:

---

1) *Leuber*, Catal. Comitum, Baronum et Toparch. circ. Sax. sup. n. 39. Bei *Mencken*, Script. R. Germ. III. p. 1934.

2) Pütter, Mißheirathen, S. 35 folg. *Wilcke*, Ticemannus. Lips. 1751. p. 114 seq. *Fabricius*, Origg. Saxon. VI. p. 586.

Digitized by Google

wär's Sache, daß seine Hausfrau Adelheyd (Gräfin von Ravensberg) Todes halber abginge, so er dann seinen Wittwerstand keuschlich nicht halten könne, so wolle er keines Fürsten oder Grafen Tochter nehmen, damit durch zweierlei Kinder das Land nicht vertheilt würde, sondern er wolle eine fromme Jungfrau aus seiner Ritterschaft zur Ehe nehmen, die wolle er mit Gelde und Lehnschaft und andern Gütern wohl versorgen, daß die Fürstenthümer bei einander blieben [1]).

Also nur eine reiche Morgengabe und Abfindung!

4) Als Kurfürst Friedrich von der Pfalz, mit dem Beinamen der Siegreiche, in der zweiten Hälfte des funfzehnten Jahrhunderts ein münchner Hoffräulein gegen das seinem Neffen, Adoptivsohn und Nachfolger gegebene Versprechen, sich nicht zu verheirathen, geehelicht hatte, so wurde dieser Gemahlin sammt den mit ihr erzeugten zwei Söhnen nicht nur im Jahre 1473 unter Zustimmung des gedachten Neffen eine Capitalversorgung von 18000 fl. ausgesetzt, sondern es errichtete auch noch Kurfürst Friedrich im Jahre 1476 auf den Grund der ihm von Jenem gemachten Concessionen ein förmliches Testament, wodurch er seinem damals allein noch übrigen Sohne Ludwig, unter Bestätigung aller schon früher gemachten Schenkungen an Gütern und Capitalien, noch mehrere zur Pfalz theils von ihm, theils von den Vorfahren erworbene Aemter und Herrschaften überwies, namentlich Meckmühl, Weinsberg, Neustadt am Kocher, Löwenstein, Umstadt und Otzberg, wovon wenigstens die Grafschaft Löwenstein dem jungen Ludwig von Baiern nebst der ihm schon früher übereigneten Herrschaft Scharfeneck und einigen kleinern Lehen und Capitalien verblieb, als seine Vormünder und späterhin auch er selbst nach dem Tode des Kurfürsten genöthigt wurden, Alles Uebrige dem kurfürstlichen Nachfolger, Pfalzgrafen Philipp, zurückzugeben. Auch wurde von Ludwig nur zu Gunsten des Kurfürsten Philipp und seiner männlichen Nachkommenschaft auf sein väterliches Recht verzichtet, sein agnatisches Recht an sich nie bestritten, und selbst vom römischen König Maximilian I. seine fürstliche Standeseigenschaft förmlich anerkannt [2]).

---

1) *Schminke*, Monim. Hass. II. p. 452. Moser, Famil. St. R. II. 62.

2) Die besondern Eigenthümlichkeiten dieses Falles, worauf es hier nicht näher ankommt, sind dargestellt in folgenden Schriften:

Digitized by Google

5) Seiner zweiten, nicht standesgleichen Gemahlin, Katharina von Brandenstein, verschrieb der Herzog Wilhelm von Sachsen im Jahre 1463 ein Heirathsgut von 20,000 fl. und eben so viel an Widerlage, so daß sie ein jährliches Wittthum von 4000 fl. empfing [1]).

6) Ein ferneres Beispiel von der Ebenbürtigkeitspraxis des 15ten Jahrhunderts kann von dem uralten, reichsfreien, turnir- und stiftsfähigen Geschlechte der Bientzenau (auch Bienzenau und Püntzenau geheißen) in Baiern hergenommen werden [2]), welches zwar keine Landeshoheit erlangt hat, jedoch ohne Zweifel dem alten Herrenstande angehörte, in welchem, nach Peter von Andlau's Zeugniß aus jener Zeit, die alten Grundsätze der Ebenbürtigkeit noch immer streng aufrecht erhalten wurden.

Zufolge der schiedsrichterlichen Entscheidung eines Herzogs von Baiern vom Jahre 1489 hatte nämlich einer der Gebrüder Bientzenauer sich mit einer Bürgerlichen, Margarethe Volgerin, ehelich verbunden und mit derselben mehrere Kinder, auch Söhne, erzeugt. Diesen bestritten nach dem Tode des Vaters dessen Brüder die Ebenbürtigkeit, und der Ausfall der herzoglichen Entscheidung ging dahin, daß zwar die hinterlassenen Familiengüter den contestirenden Brüdern, den gedachten Kindern aber doch einige Theile des väterlichen Erbes angewiesen wurden, unter wechselseitigem Verzicht auf fernere Beerbung [3]).

7) Im braunschweig-lüneburgischen Hause vermählte sich Herzog Otto, ältester Sohn Heinrich's des Mittlern von Braunschweig-Lüneburg, im Jahre 1527 mit Mechthild von Campen, wobei ihr mittelst eines Recesses der drei fürstlichen Brüder zur Morgengabe und Leibzucht auf Zeitlebens 400 fl. versprochen wurden.

---

Widerlegung einiger in neuerer Zeit verbreiteter falscher Nachrichten in Bezug auf den Ursprung des hochfürstl. Hauses Löwenstein Wertheim. Werth. 1831. — Klüber, die ehel. Abstamm. des fürstl. Hauses Löwenstein Wertheim (Frankf. 1837), und in dem schon mehrmals angef. Votum.

1) Moser, Staatsr. XXI S. 74. Pütter, Mißheir. S. 61.

2) Man sehe deshalb Bürgermeister, Graven und Rittersaal (Frankf. 1721) S. 498, und Nobilitas Ecclesiae Mogunt. 1614. in Catal. sub Otto de Benzenow; auch Lipowsky Agnes Bernauerin (Münch. 1800) im Anh.

3 Monumenta Boica. t. VI. p. 318.

Digitized by Google

Jedem Sohne sollten zur gänzlichen Abfindung 3000, jeder Tochter zur Ehesteuer 1500 vollwichtige rheinische Goldgulden verabreicht werden; auch sollte den Nachkommen auf den Fall des Abganges der beiden fürstlichen Brüder und ihres Mannsstammes alle gebührliche Gerechtigkeit vorbehalten sein.

Diese Stipulationen verwandelten sich nachmals durch einen Vergleich im Jahre 1560 in die Ueberlassung zweier Aemter nebst dem Vorbehalt der Succession nach Abgang des lüneburgischen Mannsstammes [1]).

8) Als Erzherzog Ferdinand von Oesterreich sich ohne Zustimmung des königlichen Vaters mit Philippine, aus dem altadeligen Geschlechte der Welser zu Augsburg vermählt hatte, wurde durch eine vom Kaiser am 13ten Septbr. 1561 bestätigte Urkunde, unter Ratihabirung der Ehe, allen daraus gebornen oder noch geboren werdenden weltlichen Söhnen ein jährl. Einkommen von 30,000 fl. und jeder Tochter ein Heirathsgut von 10,000 fl. sammt ehelicher Fertigung zugesichert. Zugleich wurde den männlichen Nachkommen die Succession in alle österreichische Erblande nach Abgange des ganzen (übrigen ebenbürtigen) Mannsstammes vorbehalten, dem Erzherzog Ferdinand auch freigestellt, eigene Ersparnisse und Erwerbungen seinen Söhnen mit Titel und Wappen zuzuwenden. Der Gemahlin wurden für den künftigen Wittwenstand 3000 fl. jährl. angewiesen, die bei ihrem Ableben wieder den Kindern zu Gut kommen sollten. Vergleichsweise ward später im Jahre 1608 der Vorbehalt wegen der eventuellen Succession allerdings wieder aufgehoben, dagegen aber dem einzigen, weltlich gebliebenen Sohne Ferdinands und Philippinens, Namens Karl, die Markgrafschaft Burgau für sich und seine ehelichen Mannserben als österreichisches Afterlehn überlassen [2]).

9) Um die nämliche Zeit beinahe wurde auch in dem Hause Baiern eine bürgerliche Ehe zwischen dem Herzog Ferdinand von Baiern und Marie Peck, eines Hofdieners Tochter, geschlossen (im Jahre 1588). Dabei findet sich das Besondere, daß den Söhnen aus dieser Ehe durch brüderlichen Vertrag, unter kaiserlicher Bestätigung, nicht blos jährlich 2000 fl. und der künftigen Wittwe eben so

1) Strube, Nebenst. V. 244. Pütter, Mißheirath. S. 93.
2) Pütter, S. 103.

Digitized by Google

viel ausgesetzt wurden, sondern auch noch jenen ein Successionsrecht auf den Abgang des Wilhelminischen Mannsstammes zugesichert ward [1]).

10) Nachdem Markgraf Eduard Fortunat von Baden im Jahre 1591 Marie von Eicken geheirathet und sich 1593 im Mai förmlich mit ihr hatte trauen lassen, verschrieb er derselben am 21. Junius 1593 als Wittthum die Summe von jährlich 3000 Fl. nebst mehreren andern Gebührnissen. Früher scheinen sogar 5000 Fl. verabredet gewesen zu sein [2]). Doch war jenes der damals im Hause Baden übliche Wittthumsbetrag [3]).

Die in jener Ehe erzeugten Söhne erlangten bekanntlich durch günstige Verkettung der Umstände ein vollständiges Successionsrecht.

11) Dasselbe erreignete sich im gräflichen Hause Oettingen-Wallerstein, wo Graf Wolfgang ein bloß adeliges Fräulein Johanne von Molle geheirathet und sogar eidlich auf die Stammerbfolge verzichtet hatte [4]).

Von hieran, d. h. etwa seit dem Ende des 16. Jahrhunderts, wird das Bestreben immer sichtbarer, das Ebenbürtigkeits-Princip von seinem gänzlichen Verfall zu retten. Die Hausgesetze über diesen Punkt werden immer häufiger [5]); ungleiche Ehen werden von fürstlichen Personen meistens ausdrücklich morganatisch geschlossen, und von bloß ungleichen Ehen, die durch agnatischen Consens in die Reihe vollgiltiger fürstlicher Ehen übergingen, finden sich seitdem nur seltene Beispiele. Ausdrücklich ward auch durch die Wahlcapitulation seit dem Jahre 1658 vorgesehen: daß der Kaiser „zu Präjudiz oder Schmälerung eines alten Hauses oder Geschlechts, desselben Dignität, Standes und üblichen Titels Keinen, wer der auch sei, mit neuen Prädicaten, höhern Titeln oder Wappenbriefen begaben solle." Im Jahre 1742 aber wurde beigefügt: daß der Kaiser den aus unstreitig notorischer Mißheirath erzeugten Kindern eines Reichsstandes zu Verkleinerung des Hauses die väterlichen

---

1) Moser St.-R. XIX. u. Pütter 150.
2) Vergl. Moser Staatsr. XXI. 264—272. Pütter a. a. O. S. 129.
3) Moser Staatsr. XIX. S. 376.
4) *Neumann* in Wolfs. Jus princ. IX. p. 55. 58.
5) Pütter S. 196.

Digitized by Google

Titel, Ehren und Würden nicht beilegen, vielweniger dieselben zum Nachtheil der wahren Erbfolger und ohne deren besondere Einwilligung für ebenbürtig erklären solle, bei Strafe der Nichtigkeit; was seit 1790 auch noch auf die gleich Anfangs morganatisch eingegangenen Ehen ausgedehnt ward.

Damit war zwar nicht entschieden, was notorische Mißheirathen seien; aber wenn die Stelle irgend einen Sinn haben sollte, so war jedenfalls damit auf das Herkommen verwiesen, d. h. sowohl auf das allgemeine, wie auf das besondere eines jeden fürstlichen Hauses [1]). Jenes aber stellte sich wenigstens dahin fest, daß die eheliche Verbindung eines deutschen Reichsstandes mit einer Bürgerlichen eine Mißheirath sei, selbst wenn eine kaiserliche Standeserhöhung zum Zweck der Ehe erfolgte, so lange nicht die Agnaten darin consentirten [2]).

Durchblickt man nun die Familien- und Hausgesetze der vorgedachten neuern Zeit, welche Etwas über die rechtlichen Ansprüche der standesungleichen Gemahlin und Descendenz enthalten, so gibt es einige, welche nur ein Recht auf Abfindung und Alimente, andere, welche eine modificirte Succession, wenigstens nach Abgang des ebenbürtigen Stammes anerkennen, und noch andere, welche die Mißheirath an dem ebenbürtigen Familienglied selbst schon mit Verlust des Erbrechts strafen, eine Bestimmung, deren Zulässigkeit in neuerer Zeit bezweifelt wurde, die sich aber doch in einem Würtembergischen Brüdervergleich von 1489 [3]), in dem Testament des Grafen Johann von Nassau aus dem Jahre 1597 [4]), ferner in dem gräflich Leiningenschen Hausvertrage von 1614 [5]) und in dem Waldeckschen Hausgesetze von 1687 [6]) vorfindet.

In dem gräflich Königseckschen Stammvertrage von 1588 ward dagegen festgesetzt: daß, wofern Einer des Stammes und Namens sich ohne der Andern Wissen und Willen standeswidrig ver-

---

1) Vergl. Eichhorn, über die Ehe Sr. königl. Hoh. des Herzogs von Sussex (Berl. 1835) S. 134. Des Verf. Beitr. I. S. 21 folg.
2) Ebendas. S. 26 folg.
3) Moser Fam. St.-R. II. 67.
4) Ebendas. 97.
5) Ebendas. 107.
6) Moser St.-R. XIII. 365, 174, 378.

Digitized by Google

heirathen würde, deſſelben Kinder bloß den dritten Theil der väterlichen Habe und Güter genießen ſollten [1]).

Ein gräflich Limburgiſches Hausſtatut von 1604 beſtimmte im Art. 9, daß die ohne agnatiſchen Conſens geheirathete bürgerliche Ehegattin bloß auf Herausgabe ihres Heirathsgutes, der Widerlage und Morgengabe Anſpruch haben ſolle [2]).

In dem brandenburgiſch-hohenzollernſchen Hausvertrage von 1695 heißt es: daß wenn ein Fürſt von Hohenzollern eine ſtandeswidrige Heirath gegen die bisherige Obſervanz contrahiren würde, deſſen Kinder vom Titel und Namen der Hohenzollern, ſowie von der Succeſſion, jedoch gegen Verordnung eines jährlichen Deputats zu ihrem Unterhalte, ausgeſchloſſen ſein ſollten [3]).

Die gräflich Witgenſteinſche Erbeinigung vom 22. November 1607 ſchloß die Kinder aus einer ſtandeswidrigen Ehe nur bis zum gänzlichen Abgange des ebenbürtigen Mannsſtammes von jeder Erbgerechtigkeit und Succeſſion aus, und ſicherte ihnen ein gewiſſes, zu ihren Alimenten nothwendiges Deputat nach der Sachen Gelegenheit und Vermögen der Verlaſſenſchaft zu [4]).

Ganz dieſelbe Verordnung findet ſich im gräflich Leyenſchen, vom Kaiſer Leopold beſtätigten Hausvertrage von 1661 [5]).

Im Jahre 1717 ward zwiſchen den Häuſern Sachſen und Anhalt eine Convention errichtet, wonach alle Ehen unter dem reichsgräflichen Stand für morganatiſch erklärt wurden, jedoch mit Vorbehalt der Succeſſion nach Abgang des ebenbürtigen Stammes [6]). Herzog Ernſt Ludwig von Sachſen-Meinungen aber beſtimmte in einer eigenen Hausordnung v. Jahre 1721 unter kaiſerlicher Beſtätigung, daß die aus einem ſolchen Matrimonium erzeugten Kinder bloß für Edelleute geachtet, und ihnen zuſammen lediglich eine jährliche Revenue abgegeben, oder ihnen hierzu ein gewiſſes Gut angewieſen werden ſolle.

---

1) Moſer Famil. St.-R. II. 102.
2) Moſer Staatsr. XIX. 223.
3) Ebend. 201.
4) Ebend. S. 76.
5) Ebend. S. 103.
6) Ebend. S. 236.

Digitized by Google

Eine ähnliche Bestimmung enthielt die Primogenitur-Constitution des Grafen Franz von Erbach-Erbach v. 25. Junius 1783, §. 5, welcher jedoch, wegen der beigefügten Erklärungen, was für eine standesgemäße Verbindung gehalten werden solle, die kaiserliche Bestätigung versagt ward[1]).

Soviel hiernächst die wirkliche Anwendung dieser Hausgesetze, oder in Ermangelung derselben, des allgemeinen Reichsherkommens betrifft, so sind vorzüglich folgende Fälle anzumerken.

Als im J. 1692 der Herzog Johann Adolph von Sachsen Weißenfels in seiner Wittwerschaft sich entschloß, das Fräulein Christiane Wilhelmine von Bünau zur ehelichen Gemahlin zu nehmen, verschrieb er derselben 6000 Thaler zur Morgengabe und zum Wittthum jährlich 3000 Thaler nebst Holz, Wohnung und andern Bedürfnissen. Wegen der Kinder (dergleichen aber nicht erfolgten) ward besondere Verordnung vorbehalten. Ueber die Leistung des Wittthums ward demnächst ein besonderer Vergleich mit dem Landesfolger im Jahre 1697 geschlossen[2]), wodurch die hinterlassene Wittwe nicht viel weniger, als ihr ausgesetzt war, erhielt[3]).

Den vom Herzog Leopold Eberhard von Würtemberg Mömpelgard mit zwei standesungleichen Gemahlinnen erzeugten Kindern ward vergleichsweise im Jahre 1758 von dem regierenden Herzoge von Würtemberg eine jährliche Rente von 14,000 Fl. ausgesetzt[4]).

Prinz Leberecht von Anhalt-Bernburg vermählte sich im Wittwerstande 1702 mit einer Baronin von Wrede, und erst im Jahre 1703 ward ein Vertrag errichtet, wornach ihr und ihren Kindern der Freiherrnstand und als Abfindung eine Summe von 45,000 Thalern zugesagt wurde[5]).

Besonders erheblich erscheint folgender Fall in demselben fürstlichen Hause. Im Jahre 1715 hatte der Erbprinz Karl Friedrich von Anhalt-Bernburg insgeheim eines Anhalt-Harzgerodischen Kanzleiraths Tochter, Namens Wilhelmine Charlotte Nüßler geheirathet. Obgleich dies von dem Vater des Erbprinzen laut gemißbilligt war, so bewirkte dennoch nach des Vaters Tode der nun zur

1) Pütter a. a. O. S. 308.
2) Ebend. S. 172.
3) Moser Familienstaatsr. II, 667.
4) Ebend. S. 182.
5) Ebend. S. 223—227.

Digitized by Google

Regierung gelangte Herzog Karl Friedrich 1719 eine kaiserliche Standeserhöhung seiner ehelichen Gemahlin zur Gräfin von Ballenstedt. Derselben ward später zwar im Wittwenstande 1722 der Gebrauch des fürstlichen Titels ausdrücklich durch den Reichshofrath untersagt, ihren Söhnen aber ward durch ein kaiserliches Diplom vom 12. Junius 1723 das Prädicat Grafen von Bärenfeld ertheilt [1]). Schon vorher und noch bei Lebzeiten des Fürsten Victor Amadeus war durch ein Reichshofrathsrescript vom 5. August 1717 verfügt worden: daß die angeheirathete Frau nebst den mit dem Erbprinzen erzeugten und noch künftig zu erzeugenden Söhnen und Töchtern, gleich aus ungleicher Ehe gebornen Kindern, mit nothwendigem Unterhalt versehen und künftig versehen werden möchten. Auch hatte sich der im Jahre 1718 zur Regierung gelangte Fürst Karl Friedrich von seinem Erstgebornen und Nachfolger aus standesmäßiger Ehe, Victor Friedrich, im Jahre 1720 versprechen lassen, daß der hinterlassenen Gemahlin, Gräfin von Ballerstedt 5000 Thaler als jährliche Leibzucht und Wittthum, so wie jedem der beiden Söhne derselben ebensoviel als Apanage aus den bereitesten Einkünften assignirt werden sollten. Und als hierüber Weiterungen entstanden, so war dennoch der Erfolg der, daß den zwei aus dieser Ehe vorhandenen Söhnen und ihrer Mutter jährliche 8000 Thaler durch den Reichshofrath im Jahre 1722 zugesprochen und aus der Kammer in Bernburg angewiesen wurden [2]).

Ein ähnliches, wenn auch nicht ganz so bestimmtes Beispiel findet sich im Fürstlichen Hause Anhalt-Dessau. Hier hatte sich der Erbprinz Wilhelm Gustav 1726 heimlich mit der bürgerlichen Johanne Sophie Herr zu Kleckwitz ehelich verbunden, welche ihm bis 1735 sechs Söhne und zwei Töchter gebar. Der fürstliche Vater des Erbprinzen ward davon erst kurz vor des letztern Tode, 1737, unterrichtet; er nahm sich aber der Nachgelassenen an, wieß der Wittwe und den Kindern zu Kleckwitz einen bestimmten Unterhalt an, und unter dem Nachfolger Leopold Max wurden diese Vortheile

1) Pütter S. 251—255.

2) *Lenz*, Becmannus enucleat. supplet. p. 765. *J. J. Moser*, de legitima stat. J. liberor. §. 24. p. 41. Dess. Staatsr. XXI. S. 252 f. XXII. S. 302 f. Famil. Staatsr. II. 852. Pütter, Mißh. 251—255.

Digitized by Google

noch vermehrt durch ein Haus in Dessau, so wie durch eine beim kaiserlichen Hofe bewirkte Standeserhöhung [1]).

Ein Herzog von Zweibrücken, Gustav Samuel Leopold, vermählte sich im Jahre 1722 mit Dorothea Hofmann, die er adeln und im Jahre 1724 vom Kaiser zur Gräfin von Hofmann erklären ließ. Die Ehe war offenbar ungleich und von den Agnaten nicht genehmigt. Aber am 25. August 1725 constituirte der Herzog dieser seiner Gemahlin dennoch ein sehr bedeutendes Witthum von jährlich 6000 Fl., 30 Fudern Wein, 100 Maltern Gerste, ebensoviel Korn und Spelz, 300 Maltern Hafer und sonstigen Naturalien. Nach dem Tode des Herzogs ward dies vom Landesfolger angefochten; der Kaiser aber resolvirte am 9. Mai 1736. „Werden der Gräfin von Hofmann zu ihrem Unterhalt provisorie jährlich 3000 Fl. und eine Wohnung auctoritate caesarea ausgeworfen." Im Uebrigen ward die Sache zum gütlichen Vergleich gezogen [2]).

Interessant wäre es zu wissen, welche Rechte den vom Herzog Anton Ulrich zu Sachsen-Meiningen in erster aber standeswidriger Ehe mit Philippine Schurmann (die zu so viel Streit und zu der obigen Stelle der Wahlcapitulation von 1742 die nächste Veranlassung gab) erzeugten Kindern, nachdem ihnen Ebenbürtigkeit und Successionsfähigkeit abgesprochen worden war, eingeräumt sind. Es wird jedoch darüber nichts Näheres berichtet. Moser sagt davon im Staatsrecht Bd. XIX, S. 83, „das beste Temperament schiene zu sein, wenn diese jungen Herren einen andern Namen annähmen, hingegen ihnen und ihren Erben soviel aus der sachsen-meiningenschen Succession an Land und Leuten eingeräumt würde, als ungefähr gemeiniglich die Apanage eines nicht regierenden herzoglichen sächsischen Prinzen zu betragen pflegt." Wahrscheinlich ist auch etwas der Art geschehen; die ganze Nachkommenschaft ist aber in der ersten Generation ausgestorben.

Um nun aus den vorausgeschickten Thatsachen eine noch anwendbare Theorie zu gewinnen, mögen schließlich über die vorliegende Frage die Meinungen deutscher Publicisten und Rechtskundiger angeführt werden.

---

1) Pütter 259.

2) Moser Staatsr. XXI. 239 f. Famil. St.-R. II. 510 f. Pütter a. a. O. S. 263 f.

Digitized by Google

Eine vorzügliche Gelegenheit zu deren Aeußerung gab der obenerwähnte Fall im Hause Anhalt-Bernburg und Sachsen-Meiningen aus dem Anfange des vorigen Jahrhunderts. Die erste Stelle unter den darüber befragten Rechtsgelehrten gebührt, wenigstens der Zeitfolge nach, dem Kanzler Johann Peter von Ludewig, welcher deshalb zwei Bedenken verfaßte, von denen sich das hauptsächlich hier einschlagende in des Verfassers Erläuterung der Goldn. Bulle Th. II, S. 1359 f. der 2ten Ausgabe von 1752 befindet, und ein Auszug bei Moser im d. Staatsr. XIX. S. 282 f. Die Ansicht Ludewig's und der hallischen Fakultät ging im Wesentlichen dahin:

1) eine Bürgerliche, welche einen Fürsten heirathe, verbleibe in dem angebornen Stande, und selbst die kaiserliche Standeserhöhung könne die von einem angebornen Stande abhängigen Rechte der Ebenbürtigkeit nicht geben.

2) Zu der Frage, ob nicht bei solchen ungleichen Ehen die Ehegenossin sowohl als auch derselben Kinder mit einem dem Adel- oder freiherrlichen Stande gemäßen Unterhalt sich befriedigen lassen müssen? wird bemerkt: daß dieß vollkommen billig und gerecht sei, indem in den uralten deutschen Zeiten sogar die aus gleicher Ehe erzeugten fürstlichen Kinder außer dem Regierenden bloß mit adeligem Unterhalt versehen worden wären, während die eigentliche Apanage auch fürstlichen Stand und Titel erfordere; indem auch bei morganatischen Ehen höchstens nur ein adeliges Tractament und Gehalt von den Vätern verlangt werde, die Grundsätze von einer Legitima aber auf die Landesfolge gar nicht anwendbar seien; das Land selbst brauche dafür nicht aufzukommen, weil man hier nur denjenigen fürstlichen Kindern Etwas schuldig sei, die einmal zur Succession gelangen könnten. Der Betrag hange übrigens, falls nichts Näheres bestimmt worden, mehr von der Güte und Barmherzigkeit des Landesfolgers ab, als sich dabei ein wirkliches Recht gegen das Land oder den regierenden Herrn nachweisen lasse.

Weniger bedenklich waren jedoch die hallischen Juristen in dem anhalt-bernburgischen Falle, indem sie schlechthin für die Giltigkeit des Pactums von 1718 respondirten, wornach der von Bärenfeld und ihren zwei Söhnen jährlich 15,000 Thlr. gezahlt werden sollten, wenn auch angeführt würde, daß solches das richtige Maß weit übersteige, und ohne daß es darauf ankomme, ob zur Zeit jenes Pactums die von Bärenfeld schon eine höhere oder nur geringere

Digitized by Google

Dignität gehabt habe [1]). J. J. Moser nennt dieß zwar eines der allerunbilligsten und widerrechtlichsten Responsorum, die er jemals gesehen habe [2]), auch mag in den Gründen Manches vorkommen, was mit deutscher Geschichte und Rechtsverfassung nicht genugsam harmonirt; die eigentliche Grundlage war jedoch das 1718 abgeschlossene Pactum, und aus diesem Gesichtspunkt das Gutachten nicht so gar verwerflich; so wenig als der Reichshofrath Tadel verdient, wenn er sich in seiner Entscheidung an das Pactum nicht gebunden glaubte, indem er nach Bewandtniß der Umstände ex aequo et bono die stipulirte Abfindung fast auf die Hälfte herabsetzte.

Was Moser's eigene rechtliche Ansicht betrifft, so macht derselbe hinsichtlich des Wittthums allerdings einen Unterschied zwischen einer standesgleichen und standesungleichen Ehe, indem er bemerkt: „auch eine legitim vollzogene Ehe berechtige die Wittwe noch zu keinem ihres Gemahls Stande gemäßen Wittthum, wenn es eine juridice ungleiche Ehe wäre; denn wie sich eine solche Ehegattin weder bei ihres Gemahls Leben, noch nach desselben Tode seines Standes und (seiner) Würde anmaßen dürfe, so könne auch dieser Stand und Würde nicht die Regel sein, wonach das Wittthum proportionirt würde, sondern sie müsse sich begnügen, wenn Ihro Alimente gereicht würden, die eines Theils nach dem Stand, den sie führen dürfe, und andern Theils nach ihrem eingebrachten Heirathgut ausgemessen wären [3]).

Was hingegen die Kinder aus standesungleicher Ehe betrifft, so hat er denselben eigene Abschnitte und Untersuchungen gewidmet. Zuerst stellte er darüber in der schon angeführten diss. de legitima S. R. J. Statuum Liberor. Frcf. 1735 folgende Sätze auf:

§. 24. Liberis Statuum legitimis quidem, ast ex impari matrimonio natis, ratione Patris ex bonis immediatis sive feudalibus sive allodialibus, Legitima non competit, sed alimenta tantum illis debentur ex iisdem, sive Pater liberos ex aequali matrimonio habeat, sive non, tum sive matrimonium ad morganaticam initum sit, sive non.

In den Noten wird dabei Bezug genommen auf den Würtem-

1) Moser XXI. S. 252. XXII. 302.
2) A. a. O. S. 303.
3) Staatsr. XXII. S. 26. §. 23. Famil. Staatsr. II. S. 673.

Digitized by Google

berg-mümpelgardschen und Anhalt-bernburgschen Fall und die darin ergangenen reichsgerichtlichen Entscheidungen, mit der Beifügung:

> Certum talium alimentorum quantum determinari nequit; sed pro ratione circumstantiarum e. g. Status et Patris et Matris, et Liberorum, facultatum quoque paternarum etc. ex aequo et bono mox augetur, mox minuitur vel a Partibus, vel a Judice.

In den folgenden Paragraphen spricht Moser sodann dergleichen Kindern sogar die Succession in väterliche mittelbare Privatlehen, sowie in das Allodium ab, wenn ebenbürtige Kinder da sind, Alles auf den Grund des Lehnstertes 2. f. 29, der doch lediglich auf ausdrücklich morganatische Ehen mit dem Pactum der Nichtsuccession geht. Indeß hat Moser späterhin seine Ansicht geändert.

In dem deutschen Staatsrecht Bd. XXII. S. 299, §. 1, 4 bis 11 und §. 13—15 [1]) sagt er darüber Folgendes: „Kinder aus ungleichen Ehen seien eheliche Kinder und nur quoad effectus civiles gehörten sie nicht ganz zu ihres Vaters Haus und Familie. Sie seien daher 1) weder des Namens noch des Wappens ihres Vaters fähig; eben so wenig 2) des väterlichen Standes, sondern nur des mütterlichen, nach der Zeit der geschlossenen Ehe theilhaftig, wenn nicht Standeserhöhung erfolgt sei. Sie seien 3) von der Succession in die väterlichen unmittelbaren Reichslande und incorporirte Stammgüter nebst Stamm-Kleinodien, überhaupt von allem, was zum Stamm und Lande gehört, ausgeschlossen. Dagegen aber gebühre ihnen ein ihrem angebornen Stande gemäßer Unterhalt aus dem Lande, und zwar simpliciter, nicht bloß in subsidium, der Vater möge ihnen aus seiner Privat-Erbschaft soviel hinterlassen haben, als er wolle; doch dürfe nicht etwa das Land deshalb besonders besteuert werden, sondern es sei nur ein Regierungs-Onus und aus der landesherrlichen Kammer zu bestreiten. Moser beruft sich dabei vornämlich auf die Analogie der Grundsätze von der Aussteuerung der Töchter, da sie doch auch eigentlich nicht zur Familie oder zum Stamm gerechnet würden. Unter dem angebornen Stand will er den Stand der Mutter bei angetretener Ehe verstanden haben, ungeachtet einer nachher erfolgten Standeserhöhung! Sonst

1) Und fast gleichlautend im Famil.-St.-R. II. S. 848.

Digitized by Google

gebühre dieſen Kindern auch noch das väterlich nicht incorporirte Privatgut, es ſei Lehn oder Allod (wodurch alſo die Meinung in der diss. de legitima ſchon verbeſſert ward) [1]; ferner alles Gold- und Silber-Service, ſo wie alle Koſtbarkeiten, die nicht bei dem Hauſe bleiben müßten; endlich die mütterliche, brüderliche und ſchweſterliche Privaterbſchaft, und zwar ſo, daß nach Abgang der einen brüderlichen Linie in dubio und extra casum pacti auch das mit einem Rückfall an das regierende Haus Behaftete an die überlebenden Linien ſo lange falle, als ſie dauern.

In Uebereinſtimmung damit und unter Berufung auf Moſer hat ſich in neuerer Zeit auch Eichhorn [2] dahin geäußert:

„Wegen Mangels an Ebenbürtigkeit tritt bei einer Mißheirath die Frau nicht in den Stand des Mannes, ſondern darf, ſowie die in einer ſolchen Ehe erzeugten Kinder, nur die ihnen beſonders beigelegten Titel und Wappen führen; den Kindern fehlt das Recht der Succeſſion in Lehn (?) und Stammgut, und an die Stelle der Anſprüche auf einen dem Stand des Mannes und Vaters angemeſſenen Unterhalt, Wittthum und Apanage tritt, was von Jenem freiwillig ausgeſetzt und ſeinen Erben auferlegt iſt, und allenfalls ein Recht auf Alimente aus dem Stammgut, welche dem beigelegten Stande angemeſſen ſind.“

Dieſe Erklärungen Eichhorn's dürften auch im Ganzen die richtige Formel für die beſprochenen Verhältniſſe enthalten, nur etwa mit einer Modification in Betreff der Lehnsfolge, wie nun noch näher dargelegt und befeſtigt werden ſoll.

I. Was das Wittthum einer nicht fürſtlichen Gemahlin anlangt, ſo darf man es ohne Frage als einen Grundſatz des deutſchen Privatfürſtenrechts betrachten, daß jeder Fürſt, jedes Mitglied des deutſchen hohen Adels für den anſtändigen Unterhalt ſeiner hinterlaſſenen Wittwe zu ſorgen hat; und zwar ſelbſt dann, wenn ſie kein Heirathsgut eingebracht haben ſollte. Allgemein ſpricht den Satz Pütter in ſeinen prim. lineis jur. priv. princ. §. 68 dahin aus:

(pristini Germanorum) mores potissimum adhuc inter illustres conspicui sunt, dum in quolibet matrimonio illustri par-

1) S. auch perſönl. Staatsr. II. 412.

2) Einl. in das deutſche Privatrecht §. 290. (1. Ausg.) u. flg.

tes praecipue mariti sunt, prospiciendi uxori tum ea, quae durante matrimonio ei praebenda sunt, tum vidualitium in casum viduitatis ei constituendum, *ut tanquam vidua pro dignitate familiae mariti vivere possit.*

Ludolf, de jure feminar. illustr. I, 2, §. 5, bemerkt:

Si dos non constituta, vel non illata, viduis illustribus nullum debetur dotalitium, sed alimenta, fürſtmäßiger Unterhalt, quae alimenta, cum ex arbitrio successoris determinentur, et facile fiat, ut viduarum non tantus sit favor, hinc factum aliquando, ut princeps ipse dotem constituerit (wie Herzog Wilhelm von Sachſen der Katharine von Brandenſtein).

Struv in der jurispr. her. P. III, cap. III, §. 18 ſagt:

Dotalitia (das Wort wird dort in der weitern Bedeutung genommen) cum ob causam constituuntur, ut uxor morte mariti vidua facta, vitam pro dignitate possit sustinere. Inde dotalitium debetur, sive uxor sit dotata, sive indotata. Utroque enim casu marito interest, ne uxor vidua facta, alimentisque destituta necessariis, sibi sit ignominiae*).

Ganz derſelben Meinung iſt auch de Neumann in Wolffsfeld reale Princip. jur. §. 745, woſelbſt mehrere Beiſpiele eines ohne Heirathsgut verſchriebenen Wittthums angeführt ſind, während er im §. 740 ausdrücklich behauptet: daß es ipso jure und citra pactum geleiſtet werden müſſe.

Auch Moſer, der es bei dieſer Materie ſehr genau nimmt, und ſich nicht einmal ganz von den Befangenheiten der ältern Theorie über das dotalitium loszureißen vermochte, muß dennoch eingeſtehen, daß eine uxor indotata als Wittwe zwar in quali et quanto das nicht erlangen könnte, was einer gereicht wird, die dotem inferirt, auf welche das Wittthum in regula ſeinen respectum mit habe; indeſſen ſei es doch der Analogie der von unſeren deutſchen großen Herren von denen älteſten Zeiten her gehegten Grundprincipien zuwider, daß ſie nichts bekommen oder gar Mangel leiden ſollte; ſondern es komme Alles auf das aequum et bonum an, was nach denen Kräften des successoris und dem

*) Vergl. §. 32 u. 33 ibid. Selbſt dem niedern Adel iſt dieſer Grundſatz nicht fern. Wegen des brene'ſchen Ritterrechts vergl. Pufendorf, Obs. 1, 22.

Digitized by Google

Stand der Wittwe derselben Alimentorum loco ausgeworfen werden solle*).

Auch nicht der entfernteste Grund ist vorhanden, die Pflicht und das Recht zu einer solchen Wittwenversorgung, man nenne sie Wittthum, oder irgend wie sonst, bei der nicht ebenbürtigen Gemahlin eines deutschen Fürsten leugnen zu wollen, wiewohl es sich von selbst versteht, daß manche Wittthumsgebührnisse nur einer ebenbürtigen fürstlichen Gemahlin competiren, und daher auch ausdrücklich durch Familiengesetze nur den ebenbürtigen Gemahlinnen zugesichert sein können, wovon sich ein Beispiel bei Moser im deutschen Staatsr. XXI. S. 456, §. 55[b], findet. Derselbe Grund aber, welcher eine anständige lebenslängliche Versorgung der fürstlichen, selbst unausgestatteten Wittwe dem Gemahl und seinen Nachfolgern zur Pflicht machte, nämlich die Ehre des fürstlichen Hauses (jenes überall in den Rechtsinstituten des deutschen hohen Adels und Fürstenstandes hervortretende Princip), welche nicht gestattet, Personen, die in nähern natürlichen Beziehungen zu Mitgliedern desselben stehen oder gestanden haben, hilflos oder darben zu lassen, — dieselben Gründe streiten auch für die standesungleiche Gemahlin. Sie ist immer eine rechtmäßige Gemahlin, und hat dieselben natürlichen Ansprüche, wie die ebenbürtige Ehegenossin. Ist es ja auch dem hohen Adel nie versagt gewesen, einer morganatisch angeheiratheten Frau einen bestimmten Unterhalt zuzusichern; wie sollte dieß im Mangel eines morganatischen Pactums versagt sein? Doch es bedarf darüber keiner weitern Ausführung, da die oben gegebenen Beispiele aus den Familiengesetzen und aus der Geschichte der deutschen Fürstenhäuser, ja selbst reichsgerichtliche Judicate keinen Zweifel deshalb übrig lassen, daß die standesungleiche Gemahlin, sogar wenn ihr Nichts ausgesetzt ist, dennoch eine ihrem Stande angemessene Versorgung fordern kann, womit sich schließlich die schon angeführten Meinungen von Moser und Eichhorn vollkommen vereinigen. Es ist übrigens nicht einmal ein hinreichender Grund vorhanden, warum einer derartigen Wittwenversorgung der Name und die Rechte des Wittthums verweigert werden sollten. Denn wenn es auch kein fürstliches ist und sein darf, so ist es oder darf es wenigstens ein adeliges sein,

*) Moser's Familien-Staatsr. II. S. 687, vergl. mit 678 folg.



Digitized by Google

da die Ehe eines Hochadeligen selbst mit einer Bürgerlichen wenigstens doch immer so viel wirken muß, als die Ehe eines Mannes von niederm Adel mit einer Bürgerlichen, wo nach der Ansicht des neuern deutschen Rechts auch die äußern Rechte und Prärogative des Adels der Frau mitgetheilt werden.

Was die Verbindlichkeit der Nachfolger für eine solche Wittwenversorgung betrifft, so hat es sonst nicht an Rechtslehrern gefehlt, welche eine derartige Verbindlichkeit wo nicht ganz leugneten, doch von verschiedenen Bedingungen abhängig machten und möglichst beschränkten, worüber man die verschiedenen Meinungen bei Moser im deutschen Staatsr. XXII. S. 53 f., §. 46, aufgezeichnet findet. Indeß hat schon derselbe Schriftsteller, wie bereits vor ihm von Berger mit seiner bekannten Biederkeit, Offenheit und Gründlichkeit auszuführen gesucht, daß jeder Regierungsfolger für das constituirte Wittthum jedenfalls in so weit hafte, als zu einem nothdürftigen standesgemäßen Unterhalt gehört, wofern nicht nach Familiensatzungen oder nach Verhältniß des Einbringens ein Mehreres gegeben werden müsse*). Theils die schon oben hervorgehobenen Motive der fürstlichen Ehre, theils die im Verhältnisse des Weibes zum Manne an sich liegenden sind es, welche jenen Grundsatz gebieterisch heischen; sie leiden aber eben sowohl Anwendung auf die standesmäßige wie auf die standesungleiche Gemahlin, was auch von Moser in der bereits angeführten Stelle nicht verkannt ist. Das Gegentheil würde sich nur behaupten lassen, wenn dem Regenten jede standesungleiche Vermählung untersagt wäre; so lange ihm jedoch die Freiheit der Wahl nicht beschränkt ist, wie solche auch dem geringsten Unterthan nicht beschränkt werden darf, so lange bleiben die gedachten Rücksichten unabweisbar stehen. Jeder Zweifel an der Richtigkeit dieser Ansichten muß übrigens verschwinden, wenn man erwägt, daß vormals sogar reichsgerichtliche Judicate die Verbindlichkeit succedirender Agnaten für die standesungleichen Gemahlinnen ausgesetzten Wittwenversorgungen festgestellt haben, wie besonders in dem anhalt-bernburgischen Falle geschehen ist. Man kann endlich nicht behaupten, daß die Constituirung eines derartigen Wittthums den Regierungsfolger bloß subsidiarisch betreffen und verpflichten könne, falls nämlich die

*) Deutsches Staatsr. XXII. S. 78, §. 79. Fam.-Staatsr. II. 692 f.

Digitized by Google

Wittwe selbst nicht schon hinreichendes Vermögen zu ihrem Auskommen besitzen sollte; vielmehr liegt es in der Natur einer jeden Vorausversorgung einer Wittwe, ihr unter allen Umständen ein gesichertes Auskommen, unabhängig von den Zufälligkeiten zu verschaffen, welche den eigenen Vermögensbesitz treffen können, und ohne daß sie erst in den Fall gesetzt wird, sich über ihr Bedürfniß auszuweisen. Daher erklärt Moser unbedenklich die Verabreichung des Wittthums für eine Landes- oder Staatsausgabe (d. h. ohne Zweifel in dem Sinne, worin Moser das Wort Staat in seiner Zeit begriff und gebrauchte, und wonach es immer einen wesentlichen Bezug auf die Person des Regenten und seiner Familie hat, diesen Familienstaat also mitbegreift), wozu folglich der Regierungsfolger einen Theil der Landes- oder Staatseinkünfte zu verwenden habe*). Auch die oben angeführten Familiengesetze sehen die Abfindung der standesungleichen Gemahlinnen als eine unbedingte Familienpflicht an. Indeß mag nicht geleugnet werden, daß bei Bestimmung der Summe auf das eigene Vermögen der Wittwe billige Rücksicht zu nehmen sei.

II. Bei den Kindern aus ungleichen Ehen kommt in Betracht:

1) ihr (staatsrechtlicher) Stand;

2) ihr Familienstand.

Von dem erstern läßt sich schwerlich behaupten, daß dabei die Regel des ältern Rechts noch anwendbar sei: das Kind folge der ärgern Hand, eine Regel, die ohnehin wohl nur eine gemeingiltige in dem Gegensatz der Freien und Unfreien war. In Hinsicht auf den niedern Adel ist es schon längst ein ausgemachter Grundsatz, daß der adelige Vater selbst mit einer bürgerlichen Frau adelige Kinder zeuge; sollte nun ein Mann aus hohem Adel in rechtmäßiger Ehe nicht auch wenigstens Kinder von niederm Adel zeugen, da doch der hohe Adel nur eine Präeminenz, ein höherer Grad des Adels ist, also auch gewiß alle Prärogative des niedern Adels an sich trägt? Schon Hallfeld war in der von ihm herausgegebenen Jurisprud. heroica v. Struv, P. II, p. 127, dieser Meinung: Quoad jura nobilitatis simpliciter talia omnino expeditum est et longo usu confirmatum, liberos a patre nobili cum matre plebeja progenitos inferiorem a patre nobilitatem participare et inde eo

*) Famil.-Staatsr. II. 688. §. 57.

magis liberi a patre illustri ex matre plebeja editi privilegiis nobilitatis erunt capaces inferioris. Ast ad nobilitatem avitam et jura inde oriunda consequenda non sola patris sed matris quoque nobilitas desideratur, welches Letztere sich freilich ganz von selbst versteht. Moser bezweifelt zwar im Staatsr. XIX., S. 362, die Richtigkeit der Hallfeld'schen Behauptung, daß eines Fürsten Kinder mit einer Bürgerlichen allezeit ipso jure Edelleute seien, weil die Unterstellung, als wenn ein Edelmann mit einer Bürgerlichen edle Kinder zeuge, nicht simpliciter wahr sei, sondern bloß dann, wenn die Frau nicht ex faece plebis sei; zweitens: weil der Schluß von den Wirkungen einer gleichen Ehe einer an Stande niedrigern Person auf eine ungleiche Ehe einer höhern zweifelhaft sei, wenigstens der Leugnende eben so viel für sich habe, als der Behauptende. Der erste Einwurf enthält jedoch nur eine Beschränkung der Regel, oder eine Ausnahme, und der zweite Einwand ist an sich selbst so zweifelhaft, daß er eben keine Rücksicht verdient. Die Praxis selbst ist der hier mit Hallfeld angenommenen Meinung gewiß sehr günstig. So heißt es in dem schon oben angeführten Testament des Herzogs Ernst Ludwig von Sachsen-Meiningen von 1721, daß wenn sich einer der Nachfolger unterstehen sollte, eine adelige oder bürgerliche Weibsperson zu heirathen, seine Ehe hierdurch in Kraft dieses pro matrimonio ad morganaticam declarirt und *eo ipso* die daraus erzeugten Kinder vor Edelleute geachtet werden sollten. So ward auch in dem Vertrage von 1588 wegen der Ehe des Herzogs Ferdinand von Baiern mit Marie Beck ausgemacht, daß die Kinder (nachherigen Grafen von Wartenberg) mit adeligem Stande zufrieden sein sollten. Allerdings hat man zur Beseitigung jedes Zweifels in früherer Zeit kaiserliche Bestätigungen oder Standeserhöhungen in eine höhere Adelsclasse hinzutreten lassen; doch ist hieraus noch keine rechtliche Nothwendigkeit zu folgern. — Hinsichtlich des Familienstandes ist als Regel aufzustellen, daß den Kindern aus ungleichen Ehen alle Rechte ordentlicher Ehekinder gebühren, welche nicht durch die Ebenbürtigkeit mit dem Vater bedingt sind, und so weit nicht auch hierin durch einen morganatischen Vertrag engere Grenzen gesetzt sind. Es gebührt ihnen daher, wie schon oben aus Moser vermerkt worden ist,

a) die Erbfolge in alle freie Güter, nicht bloß des Vaters und der Mutter, sondern überhaupt aller Blutsverwandten, so weit sie

Digitized by Google

nicht zu Gunsten der ebenbürtigen Familienglieder vinculirt sind. Denn daß die Abkömmlinge aus ungleichen Ehen jedenfalls cognatische Rechte haben, wird von Niemandem in Zweifel gezogen *).

b) die Lehnserbfolge, und zwar nicht bloß in die mütterlichen Lehen, sondern auch in die väterlichen, soweit sie nicht Ebenbürtigkeit oder den Stand des hohen Adels voraussetzen. Denn daß in so weit dergleichen Descendenten auch agnatische Rechte haben, läßt sich mit keinem auch nur scheinbaren Grunde in Abrede stellen; wiewohl zugegeben werden muß, daß besonders bei feudis propriis, die einer Person von hohem Adel geliehen sind, eben auch Seitens des Lehnsherrn die Bedingung der Ebenbürtigkeit zur Lehnsfähigkeit zu unterstellen sei. Dagegen kann die Vorschrift des Lehnbuches in II. f. 26, §. 15, und II. f. c. 29, welche sich nur auf ausdrückliche Verträge bezieht, den ohne morganatischen Vertrag erzielten ungleichen Ehekindern nicht entgegengestellt werden.

c) eine standesgemäße Subsistenz, ein Alimentendeputat, welches nicht bloß von dem Vater, sondern auch von dessen ebenbürtigen Nachfolgern im Stammgute geleistet werden muß. Der sittliche Grund für Letzteres ist im Allgemeinen wieder die Familientugend, die der Familie im Ganzen obliegende Sorge für die Ehre des Hauses in seinen gegenwärtigen, vormaligen und zukünftigen Mitgliedern, womit sich nicht vereinbaren lassen würde, die aus einer erlaubten ehelichen Verbindung eines Familiengliedes herstammenden Familien-Anverwandten darben zu lassen, so wie die natürliche Billigkeit, den Abkömmlingen einer Ehe, welche die frühere Succession anderer Familienglieder in das Familiengut veranlaßt und herbeiführt, eine Vergütung zu gewähren. Rechtliche Bestätigung haben diese moralischen Motive durch ein allgemeines deutsches fürstliches Herkommen erhalten, — bekanntlich eine noch immer giltige Rechtsquelle für die Rechtsverhältnisse der jetzigen souverainen Häuser, insofern nämlich dasselbe zugleich in das eigenthümliche Familienherkommen der einzelnen deutschen Fürstenhäuser mit aufgenommen ist; und jenes Herkommen wird dargethan

1) durch die oben gelieferten Beispiele aus den Hausgesetzen und speciellen Vorgängen deutscher erlauchter Häuser;
2) durch die ebenfalls nachgewiesenen reichsgerichtlichen in con-

*) Vergl. *Wolfart*, de matrim. ad morgan. Hanau 1736.

Digitized by Google

tradictorio ergangenen Entscheidungen, namentlich in Bezug auf das Haus Anhalt-Bernburg;

3) durch die hierauf gestützten Meinungen angesehener Rechtslehrer, vorzüglich Moser's und Eichhorn's.

Indessen dürfte die hiernach vorliegende unzweifelhafte Verbindlichkeit der Nachfolger für eine solche alimentarische Subvention nach der zuvor angegebenen Billigkeitsgrundlage auf die ungleichen Ehen derjenigen Familienglieder zu beschränken sein, welche sich bereits im Genuß des Familiengutes oder eines Theiles davon befunden haben, sonst aber erst für diejenigen Nachfolger eintreten, welchen das Dasein nicht ebenbürtiger Descendenz zu einer frühern Succession verhilft. Daß übrigens auch hier, wie bei dem Wittthum der standesungleichen Wittwe, die Verpflichtung des Nachfolgers für eine unbedingte, nicht bloß subsidiarische bei Ermangelung anderer Subsistenzmittel, zu halten sei, hat bereits Moser bemerkt, da es sich nicht bloß von einem nothdürftigen Unterhalt, sondern von einer standesgemäßen und für die Hauptfamilie ehrenhaften Sicherstellung der Existenz eines Nebenzweiges handelt. Jedenfalls ist aber die Abfindung nur Einmal zu geben; sie wird freies Vermögen der Abgefundenen, wenn nicht ein besonderes Geding hierüber gemacht sein sollte*). Die Bestellung muß arbitrio boni viri geschehen, oder im Falle des Uebermaßes darauf reducirt werden. Hierbei ist einerseits auf die Größe und Bedeutung des Familien-Erbes, anderseits auf den Stand, welcher dem Abzufindenden beigelegt ist, Rücksicht zu nehmen. Zwar behauptet Moser, daß es lediglich auf den Stand ankomme, den die Mutter zur Zeit ihrer Ehelichung hatte, so daß z. B., wenn die Mutter zur gedachten Zeit nur bürgerlich war, auch nur eine bürgerliche Sustentation zu verabreichen wäre; es ist indeß schon oben ausgeführt worden, daß Kinder aus der ungleichen Ehe eines Fürsten, wenn letztere nicht eine ausdrücklich morganatische ist, immer doch nur adelig geboren sein können, indem ein deutscher Fürst, er sei regierender oder nicht, zufolge des noch für den höchsten Adel fortbestehenden Ebenbürtigkeits-Gesetzes seinen Kindern allerdings die Ebenbürtigkeit mit jenem nicht verleihen kann, wohl aber alle sonstigen adeligen Rechte mittheilen muß, die dem hohen Adel nicht ausschließlich zustehen,

*) Vergl. Moser Famil.-Staatsr. II. 803, §. 73 a. E.

Digitized by Google

angeſehen, daß Er ſelbſt auch die niederen Adelsrechte in ſeiner Perſon vereinigt, von einem adeligen Vater aber nach der Regel des gemeinen deutſchen Rechts ſelbſt mit einer bürgerlichen legitimen Mutter adelige Kinder gezeugt werden. Es iſt indeß noch weiter zu gehen und mit Eichhorn zu behaupten, daß bei dieſen Kindern nicht bloß die unterſte Stufe der Adelstitel und des Adelsranges in Betracht zu ziehen ſei, ſondern diejenige, welche ihnen zur Zeit der conſtituirten Verſorgung oder eventualiter zur Zeit des väterlichen Ablebens ſtaatsrechtlich beigelegt war, indem regelmäßig die Alimentationspflicht ſich nach denjenigen Verhältniſſen regulirt, welche zur Zeit des eintretenden Bedürfniſſes beſtehen, insbeſondere nach den jedesmaligen Standesverhältniſſen, ſofern ſie nur nicht wider Willen des Verpflichteten auf eine unerlaubte Weiſe verändert werden*), was beſonders von einem Souverain, der ſeinen Kindern Adelstitel ertheilt, nicht geſagt werden könnte. Der von Moſer gebrauchte, der Wahlcapitulation entnommene Grund, daß nämlich Standeserhöhungen nicht in praejudicium der Agnaten geſchehen dürften, bezieht ſich bloß auf die Rechte der Ebenbürtigkeit, ohne in anderer Art dem Souverain Schranken zu ſetzen; und auf keinen Fall läßt ſich ſagen, daß höhere Adelstitel legitimer Kinder aus ungleichen Ehen der Ehre des fürſtlichen Hauſes, wenn ſie dieſem ſelbſt nur nicht gleich geſtellt werden, Eintrag thun würden.

*) Thibaut Pand. §. 243.

# Ueber den Quasibesitz der auf Grund und Boden radicirten eigenthümlich deutschen Rechte, und den possessorischen Schutz derselben.

Von

**Dr. Ludwig Duncker.**

Syndicus der Universität Marburg.

---

## Erster Abschnitt.

Entwickelung der Rechtsansicht über den Quasibesitz bei deutsch-rechtlichen Instituten.

---

Einleitung.

§. 1. Verschiedene Ansichten.

§. 2. Darstellung der Grundsätze des deutschen Rechts über den der Gewere zu ertheilenden gerichtlichen Schutz.

§. 3. Weitere Fortbildung der deutschen Rechtsansicht unter dem Einflusse des römischen Rechts.

§. 4. Urkundliche Nachweisung, daß bei mehreren ursprünglich deutsch-rechtlichen Verhältnissen ein Quasibesitz von jeher angenommen, und vom Richter geschützt ist.

§. 5. Feststellung derjenigen Rechte, deren Ausübung einen Quasibesitz begründet.

§. 6. Die Ausübung von Forderungs- und Familienrechten begründet keinen Quasibesitz.

## Zweiter Abschnitt.

Erwerb des Quasibesitzes.

§. 7. Von dem Erwerbe des Quasibesitzes im Allgemeinen.

§. 8. Genauere Bestimmung des Factums der Apprehension.

§. 9. Ueber den animus.

Digitized by Google

§. 10. Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter.
§. 11. Erwerb des Besitzes der Bannrechte.

## Dritter Abschnitt.

### Verlust des Quasibesitzes.

§. 12. Verlust durch animus.
§. 13. Verlust durch Aufhören des factischen Verhältnisses im Allgemeinen.
§. 14. Verlust des Besitzes der der Reallast gegenüberstehenden Berechtigung insbesondere.

## Vierter Abschnitt.

### Possessorische Rechtsmittel.

§. 15. Im Allgemeinen.
§. 16. Das interdictum uti possidetis.
§. 17. Das interdictum de vi und die actio spolii.

## Fünfter Abschnitt.

§. 18. Von dem Besitze der Freiheit von Realrechten.

Digitized by Google

# Erster Abschnitt.

## Entwickelung der Rechtsansicht über den Quasibesitz bei deutsch-rechtlichen Instituten.

### Einleitung.

Die willkommene Aufnahme, welche das römische Recht in Deutschland gefunden hat, und die große Vorliebe, mit welcher es hier fortwährend, wie in keinem andern Lande, gepflegt wurde, mußte das deutsche Recht in seinem eignen Vaterlande zu einem wenig beachteten Fremdling machen. Allein das mit der Nationalität des Volkes auf das Innigste verwachsene Recht desselben hatte seine Wurzeln zu tief in den vaterländischen Boden geschlagen, als daß dessen völlige Ausrottung hätte gelingen können. Wenn auch unter dem Einflusse des römischen Rechtes der Stamm des deutschen verkümmern mußte, seine Wurzeln blieben gesund und kräftig, und trieben immer neue und stärkere Keime, und so erhielt sich neben dem römischen Recht ein großer Reichthum deutsch-rechtlicher Elemente. Es bezielten, was man von jeher auch anerkannt hat, nicht nur viele eigenthümlich deutsche, dem römischen Rechte gänzlich fremde Institute, als selbstständige Erzeugnisse des deutschen Rechtslebens, ihre fortwährende Geltung, sondern auch diejenigen deutschen Institute, welche mit verwandten des römischen Rechts verschmolzen, gingen in diesen nicht spurlos zu Grunde; vielmehr blieben auch hier abweichende Ansichten des deutschen Rechtes immer im Gebrauch, so daß das römische niemals zur ausschließlichen Herrschaft gelangt ist *). Aber den Ursprung dieser Abweichungen vom römischen Rechte und ihren Zusammenhang mit dem frühern Rechtszustand in Deutschland übersehend, erblickten die ältern Juristen darin nur eine zeitgemäße Fortbildung, einen usus modernus, des römischen Rechtes. Das in neuerer Zeit erweckte, auf die Quellen zurückgehende Studium desselben mußte für diesen usus modernus, der in vieler Beziehung auf Mißbrauch und Mißverständniß be-

*) Vergl. diese Zeitf. B. 1. S. 6 u. 7.

Digitized by Google

ruhte, höchst gefährlich werden, und es konnte nicht ausbleiben, daß die glänzenden Ergebnisse einer gediegenen Forschung die Stelle seiner Irrthümer einnahmen. Aber nicht alle Rechtssätze, die vor einer richtigen Auslegung der römischen Quellen nicht bestehen können, sind als solche Irrthümer zu verdächtigen; das Verdammungsurtheil kann nur die in der That auf einem Mißverständnisse des römischen Rechtes beruhenden, nicht auch die dem deutschen Rechte angehörenden Rechtssätze treffen, welche man aber, weil ihr Ursprung durch die genaue Verbindung, in welche sie mit einem römischen Institute getreten sind, verdunkelt ist, gleichfalls für solche Irrthümer zu halten, leicht in Gefahr geräth. Die nächstfolgende Darstellung liefert hierzu einen Beleg.

## §. 1.

### Verschiedene Ansichten.

Es ist von jeher die herrschende Ansicht gewesen, daß ein Quasibesitz nicht blos in den Fällen, in welchen das römische Recht ihn zuläßt, sondern auch in mehreren andern dem deutschen Recht eigenthümlichen Verhältnissen Statt finde und des richterlichen Schutzes genieße. Die ältere Doctrin hat es aber nicht versucht, die einzelnen Fälle, in welchen, über die Bestimmungen des römischen Rechtes hinaus, ein Quasibesitz anzunehmen sei, auf ein festes Princip zurückzuführen; wir finden vielmehr unter den ältern Juristen, die durch einzelne Aussprüche des kanonischen Rechts irre geleitet waren, ein wahrhaft bewundernswürdiges Streben, die Fälle dieses Quasibesitzes zu vermehren, und sich hierbei in unbegreiflichen Abgeschmacktheiten zu überbieten. Schon Baldus [1]) hatte mit Beziehung auf c. 24. X. de elect. (1. 6.) die Behauptung aufgestellt, daß der Pachter ein Spolium begehe, wenn er die Entrichtung des Pachtgeldes verweigere [2]), und nach dieser Auctorität war es ganz consequent, auch bei dem Darlehnsgläubiger einen durch Empfang der Zinsen begründeten Quasibesitz anzunehmen,

1) ad L. 25. C. de loc. et cond. (4. 65.)

2) *Bartol.* ad L. 2. D. quorum bon. (43. 2.) leugnet dagegen, daß durch den Empfang persönlicher Leistungen ein Besitz begründet werde.

Digitized by Google

und in der Verweigerung der Zinsen ein Spoltum zu erblicken [1]). Selbst noch Hommel [2]) erklärt geradezu, er sehe nicht ein, warum nicht ein Arzt, den man zu brauchen aufhöre, im jüngsten Besitz geschützt werden müsse; ich fühle wohl, fügt Hommel hinzu, daß dem Arzt eine solche Klage nicht zusteht, aber ich kann, selbst wenn man mir mit dem Tode droht, einen Grund dafür nicht angeben. So war man durch leere Abstractionen dahin gekommen, bei der Ausübung eines jeden Rechtes einen durch den Richter zu schützenden Quasibesitz anzunehmen [3]), also auch bei rein obligatorischen Rechten [4]), und allen möglichen Familien- [5]) und Standesverhältnissen [6]). Fragt man nun aber, in welchen Verhältnissen denn ein Quasibesitz nicht Statt finde, so erhält man darauf die Antwort, in denjenigen, wo durch die Ausübung des Rechts eine sündhafte Handlung begangen werde, daher werde z. B. der Quasibesitz einer Concubine nicht geschützt [7]).

Vor solchen Verirrungen sichert uns freilich die heutige Theorie des Besitzes; es findet jedoch namentlich darüber, in welchen dem deutschen Recht eigenthümlichen Verhältnissen ein Quasibesitz anzunehmen, wie derselbe erworben und verloren werde, und durch welche Rechtsmittel derselbe zu schützen sei, eine große Meinungsverschiedenheit Statt. Wenn daher schon aus diesem Grunde eine neue Prüfung dieser Lehre nicht überflüssig sein dürfte, so liegt gerade jetzt eine besondere Aufforderung dazu in dem Umstande, daß der

---

1) *Gratiani* discept. for. c. 311. n. 17 seqq. *Mevius*, p. 2. d. 298. n. 1. *Fleck*, comm. binae de interd. unde vi et remed. spol. p. 98 seqq.

2) Rhap. obs. 489.

3) Ja, Martini (de jure censuum s. annuor. redit. c. 8. n. 118 sqq.) geht so weit, die Frage, ob der Rentenverkäufer das Recht, die verkaufte Rente wieder einzulösen, durch Verjährung verlieren könne, aus dem Grunde zu verneinen, weil derselbe im Besitze des Wiedereinlösungsrechts sei!

4) *Gratian.* l. c. n. 13. *Postii* tract. mandati de manutenendo obs. 10. n. 62.

5) Z. B. Besitz sowohl der Verwandtschaft und Schwägerschaft überhaupt, als eines bestimmten Grades derselben, der Legitimität u. s. w. (*Postius*, l. c. n. 60.)

6) Eine Spur davon findet sich schon in der gl. ad L. 7. C. de fide instr. (4. 21.) verb. *Si aliis*.

7) *Postius*, l. c. n. 91. *Menochius*, de retin. poss. remed. 3. n. 155.

Digitized by Google

Gesichtspunkt, aus welchem diese Prüfung unternommen werden muß, durch die Darstellung eines neuern Juristen gänzlich verrückt zu werden droht, und wir uns, wenn wir dessen Ansicht folgen, auf geradem Wege befinden, in das entgegengesetzte Extrem zu fallen, d. h. jeden possessorischen Schutz in den dem deutschen Recht eigenthümlichen Verhältnissen zu leugnen, so weit derselbe nicht durch die Analogie des römischen Rechtes streng gerechtfertigt werden kann.

Zur Entscheidung der Frage nämlich, in wie weit ein possessorischer Schutz bei Ausübung der eigenthümlich deutschen dinglichen Rechte Statt finde, bahnt sich Heerwart*) den Weg durch eine Untersuchung darüber, in wie weit das römische Recht bei Servituten einen solchen zulasse. Nach seiner Ansicht soll bei denjenigen Rechten, die mit Grund und Boden verbunden sind, wie die Landeshoheit, Diöcesan- und Parochial-Verhältnisse, die regelmäßig mit dem Besitze einer Kirche zusammenhängen, und wobei sich sowohl eine Störung, als eine wahre Dejection denken lasse, das interdictum uti possidetis und unde vi analog angewendet werden (§. 35.). Was dagegen Jurisdictions- und Parochial-Berechtigungen, wenn die letzten nicht an eine gewisse Kirche geknüpft sind (§. 36.), so wie die der Reallast gegenüberstehende Berechtigung anbelangt, so sucht derselbe (§. 41.) nachzuweisen, daß die in der Regel angeführten Stellen des kanonischen Rechts und der Reichsgesetze den verschiedenen von den Juristen aufgestellten Ansichten nicht zur Stütze dienten, und gelangt (§. 43.) zu dem Resultate, daß ein possessorischer Schutz bei diesen Rechten überhaupt nicht Statt finde, weil es an wirklich passenden Analogien gänzlich fehle; überdieß sei ein solcher auch durchaus kein praktisches Bedürfniß (§. 14.), da das Possessorium in der Regel eben so lange als das Petitorium dauere, und weil der Vortheil des Schutzes im Besitze körperlicher Sachen, daß nämlich der im Possessorium überwundene Gegner das Petitorium anstellen, und den Beweis seines Rechts übernehmen müsse, bei dem erlangten Schutze im Besitze eines Rechts nicht Statt finde, indem nach der richtigen Ansicht dem Besitzer hier nichts desto weniger der Beweis seines Rechts obliege, wenn der Gegner mit der Negatorienklage auftrete (§. 4.). Solle aber dennoch um allen Preis ein possessorisches Rechtsmittel

*) Zeitf. f. Civilr. u. Pr. B. 12. Nr. 6. u. 9.

Digitized by Google

beſchafft werden (§. 43.), ſo bleibe nichts Anderes übrig, als die Analogie der für Wege- und Waſſergerechtigkeiten gegebenen Interdicte, weil der Beſitz bei Reallaſten, Jurisdictions- und Parochial-Berechtigungen (§. 36.), ſo wie der an Privatperſonen überlaſſenen Regalien (§. 37.) wegen der Unterbrochenheit der Ausübung mit dem Beſitze der Wege- und Waſſergerechtigkeiten die meiſte Aehnlichkeit habe. Als allgemeinen Grundſatz ſtellt Heerwart den Satz auf, daß der richterliche Schutz bei der Ausübung dieſer Rechte nur dem gewährt werden könne, welcher dieſelben in dem Jahr von Zeit des ausgebrachten Interdicts an rückwärts gerechnet wenigſtens einmal in gutem Glauben ausgeübt habe; die dreißigtägige Ausübung ſei als eine eigenthümliche Beſtimmung bei dem interdictum de itinere actuque privato*) hier nicht nothwendig. Sei das Recht von der Art, daß es nur in einer Hälfte des Jahres ausgeübt werde, ſo genüge es, daß es in einer der beiden Gebrauchszeiten, welche der Anſtellung des Interdicts vorausgehen, ausgeübt ſei (Arg. L. 1. §. 29. 33—36. de aq. quot.). Dieſen Grundſatz auf den Beſitz der der Reallaſt gegenüberſtehenden Berechtigung angewandt, ſo ergebe ſich, daß derjenige, welcher in dem Genuſſe des Rechts geſchützt werden wolle, ohne Unterſchied zwiſchen bloßer Nichtleiſtung und beſtimmter Verweigerung, zwiſchen gänzlicher und theilweiſer Nichterfüllung Klage erheben müſſe, ehe die erwähnten Zeiten abgelaufen ſeien (§. 43. S. 323.). Zur Wiedererlangung des Quaſibeſitzes ſoll es aber gar kein Rechtsmittel geben, weil ſich eine wahre Dejection bei einem Rechte nicht denken laſſe, und daher ſowohl das interd. unde vi, als die Spolienklage unſtatthaft ſein (§. 42. S. 320.).

Es ergibt ſich, daß Heerwart bei ſeiner Unterſuchung von dem Geſichtspunkte ausgegangen iſt, daß wir uns lediglich an Analogieen des römiſchen Rechts halten müßten (S. 312), nach welchen dann freilich der poſſeſſoriſche Schutz nur in der angegebenen ſehr beſchränkten Weiſe Statt finden kann. Es wird ſich aber Jedem hier die Frage aufdrängen, worin es denn wohl ſeinen Grund habe, daß die Juriſten von jeher ganz einſtimmig einen poſſeſſoriſchen

*) Dieſes Erforderniß iſt durch die Ausführung Althof's (das interd. de itin. actuq. privato, vergl. von Bangerow Leitfaden zu Pand.-Vorleſ. Th. 1. S. 715) ſehr zweifelhaft geworden.

Digitized by Google

Schutz bei mehreren dem deutschen Recht eigenthümlichen Verhältnissen in einem viel weitern Umfange ganz unbedenklich zugelassen haben, und wie sich eine dem römischen Rechte durchaus fremde Rechtsansicht so allgemein habe verbreiten können. Zur Beantwortung dieser Frage lassen sich nur zwei Gründe angeben. Entweder muß man annehmen, daß die gelehrten Juristen von jeher die Ansicht gehabt hätten, daß der Quasibesitz und der demselben zu gewährende Schutz in der von ihnen angenommenen Ausdehnung im römischen und kanonischen Recht anerkannt sei, oder wenigstens durch eine ganz in dessen Geiste geschehende analoge Anwendung gerechtfertigt werden könne, oder sie hätten in der ältesten Praxis einen auf einer eigenthümlich germanischen Grundlage ruhenden possessorischen Schutz vorgefunden und diesen den Bestimmungen der recipirten Rechte anzupassen gewußt. Da der erste Grund deshalb der richtige nicht sein kann, weil die hierbei unterstellte Ansicht der Juristen nur aus einer unbegreiflichen Verblendung derselben hervorgegangen sein könnte, so dürfen wir nur in dem zweiten eine genügende Erklärung finden, und die Nachweisung, daß der in mehreren eigenthümlich deutschen Verhältnissen zu gewährende possessorische Schutz keineswegs aus dem römischen oder kanonischen Recht abgeleitet werden könne, sondern ein eigenthümliches Institut des einheimischen Rechtes und später nur auf das recipirte, nach der den ältern Juristen geläufigen Behandlungsart des einheimischen Rechts, zurückgeführt sei, bildet die Grundlage der ganzen folgenden Untersuchung.

## §. 2.

### Darstellung der Grundsätze des deutschen Rechts über den der Gewere zu ertheilenden gerichtlichen Schutz.

Durch die Reception des römischen Rechtes wurde freilich der bisherige Rechtszustand in Deutschland durchaus verändert; allein die durch eigenthümliche Verhältnisse und Rechtsansichten hervorgerufenen Institute erhielten sich dennoch zum großen Theil, selbst solche, die mit dem römischen Rechte geradezu im Widerspruch standen. Diese Institute konnten natürlich nur nach den ursprünglich deutschen Rechtsnormen, wie sie sich im Verlauf der Zeit und später



Digitized by Google

unter dem Einflusse des römischen Rechtes gebildet hatten, beurtheilt werden, wiewohl man statt dessen nicht selten eine in Mißbrauch ausartende Anwendung des römischen Rechts zuließ. Die Aufgabe der Theorie kann aber nicht darin bestehen, diejenigen auf deutsche Verhältnisse sich beziehenden Rechtssätze, welche in dem römischen Rechte keine Stütze finden, schon deshalb als irrig zu verwerfen, sondern nur darin den ganzen Rechtsstoff, wie ihn die verschiedenen Rechtsquellen, und zu diesen gehört auch die Praxis, überliefern, zu einem harmonischen Ganzen zu verarbeiten. Wenn sich daher nachweisen läßt, daß der possessorische Schutz, welcher bisher mehreren dem deutschen Recht eigenthümlichen Verhältnissen gewährt ist, ursprünglich dem Gebiete des einheimischen Rechts angehört, so kann eine darüber aufzustellende Theorie nur auf demselben Wege gewonnen werden, welcher jetzt zur Construirung des deutschen Privatrechts überhaupt als der richtige anerkannt wird *). Es ist daher zu untersuchen, in wie weit das einheimische Recht einen possessorischen Schutz zugelassen, und wenn dessen Grundlage und Umfang nachgewiesen worden, ist weiter anzugeben, welchen Einfluß das römische Recht auf die Umgestaltung der ursprünglich deutschen Rechtsansicht gehabt hat.

Der Gegensatz zwischen dem Possessorium und Petitorium, wie sich derselbe im römischen Rechte ausgeprägt findet, ist dem deutschen Recht ursprünglich fremd. Bei der Schnelligkeit des Verfahrens war durchaus kein Bedürfniß vorhanden, blos den Besitz zum Gegenstande eines vorläufigen Streites zu machen und dann die Entscheidung über den Rechtspunkt darauf folgen zu lassen. Aber das sich von selbst verstehende und daher in jeder Gesetzgebung anzutreffende Verbot der Selbsthilfe begegnet uns auch in den ältesten Quellen des germanischen Rechtes. Der aus dem Besitz Gesetzte war hiernach keineswegs genöthigt, dem Dejicienten gegenüber stets den Beweis seines Rechts zu erbringen, um den Besitz wieder zu erlangen, sondern bei einer widerrechtlichen Besitzstörung und Dejection war der Thäter nicht nur verbunden, den Besitz so-

*) Ueber die abweichende, neuerdings wieder in dessen de auctoritate prudentum prolusio academica vertheidigte Ansicht Maurenbrecher's insonderheit Puchta in Richter's und Schneider's krit. Jahrb. Jahrgang 1839, S. 728 ff.

fort zu reſtituiren, ſondern verfiel außerdem noch in eine Geldbuße.

*Pact. leg. Sal.* tit. 18. §. 1.

Si quis villam alienam adsalierit (eingedrungen iſt), MCC. den., qui faciunt solidos XXX., culpabilis judicetur.

§. 2. Si quis villam adsalierit alienam et ibidem ostia fregerit, canes occiserit, aut hominem plagaverit, vel in carro (Karren) aliquid exinde duxerit, VIIIM den., qui faciunt sol. CC., culpabilis judicetur.

§. 3. Et quidquid inde abstulit, in locum *restituat.*

Tit. 64. §. 1. Si quis alteri de manu aliquid per vim tulerit et raubaverit aut expoliaverit, MCC. den., qui faciunt sol. XXX., culpabilis judicetur et *rem pro capitale restituat.*

*Lex Bajuv.* tit. 10. c. 1.

Si quis in curtem alterius per vim contra legem intraverit, cum tribus solidis componat.

C. 2. §. 1. Si autem in domum per violentiam intraverit, et ibi suum nihil invenerit, cum sex solidis componat.

§. 2. Nemo enim ingrediatur alienam domum, quia hoc scandalum generat.

Tit. 16. c. 1. §. 1. Si quis homo pratum vel agrum vel exartum (Rottland) alterius contra legem malo ordine invaserit et dicit suum esse, propter praesumtionem cum sex solidis componat et *exeat.*

Die Ausmittelung des Thatbeſtandes machte ein gerichtliches Verfahren nothwendig, welches lediglich die widerrechtliche Störung oder Entziehung der Gewere *) zum Gegenſtande hatte, ſo daß man hierin die erſten Anfänge eines Poſſeſſoriums finden kann, welches ſich ganz unabhängig vom römiſchen Rechte ausbildete.

Nach den Rechtsbüchern des Mittelalters findet die Gewere als ſolche, alſo auch das bloße factiſche Innehaben (Detention), den

*) Die Gewere heißt in den lateiniſch geſchriebenen Quellen seisina, die Verletzung derſelben disseisina, mag ſie in bloßer Störung oder Entſetzung (Entwerung, disseisina im eigentlichen Sinne) beſtehen. *Ranulphi de Glanvilla* tract. de legib. lib. 13. c. 32 seqq.



Digitized by Google

Schutz des Richters [1]); selbst derjenige, welcher mit Unrecht dieselbe erlangt hat, kann nur durch ein gerichtliches Verfahren daraus vertrieben werden [2]); wer der Gewere widerrechtlich beraubt wird, braucht nur die Entwerung darzuthun, und wird dann, ohne daß über das Recht verhandelt würde, in den Besitz wieder eingesetzt [3]). Die Ansicht, daß die Gewere an sich des richterlichen Schutzes genieße, findet sich nicht blos in deutschen Rechtsquellen, sondern zum Theil noch bestimmter in den ältern normannischen, englischen und französischen, wie Mittermaier [4]) bereits nachgewiesen hat.

Dieser Schutz, welcher der Gewere zu Theil wurde, trat nicht nur dann ein, wenn dieselbe körperliche Sachen zum Gegenstande hatte, sondern in allen Fällen, in welchen überhaupt eine Gewere angenommen wurde, also auch dann, wenn z. B. Leistungen den Gegenstand derselben ausmachten [5]). Jede gegen die Gewere ausgeübte Gewaltthätigkeit hatte daher nicht nur die Verbindlichkeit zur Restitution und Schadenersatz, sondern auch noch eine Strafe zur Folge, welche, nach der Art der angewendeten Gewalt, bald in einer Geldbuße bestand, bald die Strafe des Friedbruches war, und auch hier machte es keinen Unterschied, ob die Gewere einer körperlichen oder unkörperlichen Sache (Zinsgewere) verletzt war [6]).

Diese zunächst in den weltlichen Gerichten befolgten Grundsätze konnten auf die geistlichen Gerichte, obwohl in diesen von jeher das römische Recht die Hauptentscheidungsnorm gewesen war, nicht ohne Rückwirkung bleiben. Im Allgemeinen zeigt sich dieses darin, daß man in den geistlichen Gerichten nicht bei denjenigen Fällen stehen blieb, in welchen das römische Recht einen possessorischen Schutz anerkannte, sondern denselben auch in den dem deutschen Recht eigenthümlichen Verhältnissen, wie in den weltlichen Gerichten, zuließ.

---

1) Albrecht, Gewere S. 5.
2) Albrecht, Gewere §. 3.
3) S. besonders die bei Albrecht, a. a. O. S. 15, Note 41, abgedruckte Stelle des baier. Landrechts.
4) Der gem. deut. Proceß, Beit. 4. S. 197 f. Vergl. noch Les assises de Jerusalem c. 63. (Die erste Aufzeichnung derselben fällt in das J. 1099, die spätere Bearbeitung ist von 1250.)
5) Albrecht, a. a. O. S. 17, Note 47.
6) Albrecht, a. a. O. S. 16 ff.

Digitized by Google

Wenn gleich die Abfassung einzelner der angeführten Rechtsquellen in eine Zeit fällt, wo der Gebrauch des römischen Rechtes schon allgemeiner zu werden begann, so wird man deshalb doch nicht behaupten können, daß die in jenen enthaltenen Bestimmungen aus dem römischen Recht entlehnt seien, denn dieser Schutz ist noch in den spätern Rechtsquellen an so eigenthümliche Bedingungen geknüpft (s. unten §. 17. a. E.), daß sein germanischer Ursprung nicht nur nicht zu verkennen ist, sondern durch den Zusammenhang, in welchem dieser Schutz mit der in allen germanischen Rechtsquellen der Gewere (als deren Mittelpunkt Haus und Hof eines Jeden erscheint) beigelegten Heiligkeit steht, ganz außer Zweifel gesetzt wird.

## §. 3.

### Weitere Fortbildung der deutschen Rechtsansicht unter dem Einflusse des römischen Rechts.

Der possessorische Schutz, welchen das deutsche Recht gewährte, erstreckte sich viel weiter, als derselbe im römischen Recht anerkannt ist. Im Allgemeinen kennt dieses nur Schutzmittel für den (juristischen) Besitz körperlicher Sachen und einzelner Servituten; nach den Grundsätzen des deutschen Rechtes dagegen wurde die Gewere überhaupt vom Richter geschützt, also bei körperlichen Sachen die bloße Detention, und die Ausübung aller Rechte, welche die Gewere zu ihrer Grundlage hatten. Die Wirkung, welche die Anwendung des römischen Rechts auf die Umgestaltung des Rechtszustandes in Deutschland überhaupt gehabt hat, daß nämlich, so oft ein Institut dem fremden wie dem einheimischen Recht bekannt war, die Grundsätze des einen oder andern nicht eine ausschließliche Geltung erlangten und in ihrer unvermischten Reinheit sich erhielten, sondern daß vielmehr aus der Verschmelzung der Grundsätze beider Institute ein neues hervorging, in dessen bestimmter ausgeprägter Form der wissenschaftliche Charakter des römischen Rechtes vorherrschte, in dessen Inhalt aber die deutschen Elemente erkennbar blieben, trat auch in der Lehre vom Besitz gleichmäßig ein. Die Verschmelzung ging durch die Rechtsanwendung vor sich, ungeachtet der großen Meinungsverschiedenheit, welche sich zwischen den Lehrern des römischen und kanonischen Rechts geltend machte. Diese Meinungsverschiedenheit liefert vielmehr den Beweis, daß die Grundsätze

Digitized by Google

des römiſchen Rechtes nie vollſtändig durchgedrungen ſind; denn während die Legiſten in der Regel den poſſeſſoriſchen Schutz auf das römiſche Recht zurückführten, ließen die Decretiſten denſelben auf den Grund einzelner Stellen des kanoniſchen Rechtes noch in vielen andern Fällen zu. Beide gingen aber in ihren Anſichten zu weit. Daß das römiſche Recht nie vollſtändig zur Anwendung gekommen iſt, zeigt ſich beſonders in der von den Decretiſten vornehmlich auf den Kanon **Redintegranda** gebauten Theorie des Beſitzes, in welcher die Nachwirkung germaniſcher Grundſätze auf das Vollſtändigſte hervortritt; denn indem ſie aus demſelben auch die Beſtimmung ableiteten, daß die bloße Detention des richterlichen Schutzes genieße, vertheidigten ſie unbewußt die oben erwähnte germaniſche Anſicht, daß jede Gewere vom Richter geſchützt werde; aber auch ſie gingen zu weit, indem ſie es gänzlich überſahen, daß das kanoniſche Recht, wenngleich es in den Beſtimmungen über den Beſitz, wie in den meiſten das Privatrecht berührenden Vorſchriften, auf germaniſchem Boden ſteht, dennoch von dem Einfluſſe des römiſchen Rechtes nicht frei geblieben iſt.

Fragt man nun aber, wie ſich unter dieſen verſchiedenen Anſichten die Theorie des Beſitzes in Deutſchland geſtaltet habe, ſo kann darauf nur dieſe Antwort gegeben werden: die ganze wiſſenſchaftliche *Form* der Lehre iſt einzig und allein auf das römiſche Recht geſtützt, allein der *Stoff* iſt durch deutſches Recht dadurch erweitert, daß ein poſſeſſoriſcher Schutz in der Ausübung mehrerer eigenthümlich deutſchen Rechte fortwährend anerkannt wurde. Inſonderheit ſind die Rechtsmittel, durch welche der Beſitz geſchützt wird, lediglich aus dem römiſchen Recht entlehnt; denn ein neues iſt in dem kanoniſchen nicht gegeben, vielmehr enthält daſſelbe nur eine Anwendung der römiſchen Rechtsmittel auf die eigenthümlich deutſchen Verhältniſſe *).

Durch die Ausdehnung des Beſitzes auf die dem deutſchen Recht eigenthümlichen auf der Gewere beruhenden *Rechte* iſt der Begriff des Beſitzes, wie wir ihn im römiſchen Rechte ausgeprägt finden, durchaus nicht verändert; er beſteht auch jetzt noch in der Ausübung eines *dinglichen* Rechtes; denn die dem deutſchen Rechte eigenthümlichen Befugniſſe, welche die Gewere zu ihrer Grundlage ha-

*) Ueber das Verhältniß der Spolienklage zu dem interd. de vi ſ. unten §. 17.

Digitized by Google

den, gehören nach der aus dem römischen Rechte entlehnten Classification der Rechte zu den dinglichen. Nirgends finden wir aber im deutschen Recht eine Andeutung, daß bei der Ausübung der an Familien- und Standesverhältnisse geknüpften Befugnisse oder bloßer Forderungsrechte eine Gewere angenommen sei. Diese Ansicht des deutschen Rechts ist freilich von den ältern Juristen durchaus nicht beachtet, und so konnten sie durch leere Abstraction zu den in der Einleitung erwähnten Resultaten gelangen, durch welche die gänzliche Vernachlässigung der Geschichte des deutschen Rechts sich bitter an ihnen gerächt hat.

## §. 4.

### Urkundliche Nachweisung, daß bei mehreren ursprünglich deutsch-rechtlichen Verhältnissen ein Quasibesitz von jeher angenommen und vom Richter geschützt ist.

Der Beweis, daß nach der Ansicht des deutschen Rechts bei mehreren demselben eigenthümlich angehörenden Verhältnissen ein von dem Richter zu schützender Quasibesitz angenommen sei, kann aus dem kanonischen Recht und den Reichsgesetzen nur sehr unvollständig geführt werden, da diese Lehre in den genannten Rechtsquellen nicht ihren Sitz hat, deren einzelne Entscheidungen vielmehr nur eine schon vorher durch die Praxis begründete Rechtsansicht anerkennen. Dagegen enthalten die Urkunden ein sehr reiches, fast noch gar nicht benutztes, aber zur Erklärung der hierher gehörenden Stellen des kanonischen Rechts und der Reichsgesetze ganz unentbehrliches Material. Ich habe es daher versucht, die deutsche Rechtsansicht in den über einzelne Rechtsgeschäfte aufgesetzten Urkunden aufzusuchen, und durch dieses, aus der unmittelbaren Rechtsanwendung abgeleitete Resultat die Gesetzgebung zu erklären und zu ergänzen.

Ich lasse jetzt mehrere Auszüge aus Urkunden folgen (deren Inhalt bei den weiter unten folgenden Untersuchungen genauer benutzt werden wird), und zwar zunächst solche, welche darthun, daß bei mehreren dem deutschen Recht eigenthümlichen Verhältnissen ein durch die Ausübung begründeter Quasibesitz (Gewere) angenommen worden ist.

I. In einer über ein bestrittenes Patronatrecht geführten Ver-

Digitized by Google

gleichsverhandlung v. J. 1209 (*Mon. Boica*, t. 10. n. 13. p. 461) kommt folgende Stelle vor:

Cumque taliter predictum cenobium ejusdem *juris patronatus* diutina *possessione* gauderet — —

II. Urk. v. J. 1222 (*ab Erath.*, cod. dipl. Quedlinb. n. 31. p. 140).

Sophia Dei gratia Quidilingeburgensis Abbatissa —. Notum igitur esse volumus, — quod ecclesia in Lapide Sancti Michaelis — ex usibus thelonei civitatis nostre, qui de sale proveniunt, ab ecclesia nostra XXX *solidos* annuatim *libera possessione tenuit et quieta*. Nos utique diligenter super eo discutientes et considerantes, personis religiosis et spiritualibus — theloneares non expedire proventus, licet jam dicta ecclesia multorum annorum spatio prescriptos *redditus possederit* — predicti loci fratres omnia, que in pretaxato tenebant theloneo — nobis precipimus resignari *).

III. Urk. v. J. 1245. (*Günther*, cod. Rh. Mos. t. 2. n. 109.) — — quas *decimas* — — et ipse custos et antecessores sui — — quiete receperint, et in pacifica fuerint *possessione* —. Et Henricus miles — — custodem — — in *possessione decime* sue pacifica impedivisset —.

IV. Urk. v. J. 1280. (Daſ. t. 2. n. 299. p. 442. Cum progenitores nostri — — hactenus a tempore cujus non extat memoria, jus habuerint et in *possessione vel quasi fuerint juris percipiendi decimam* de universis bonis seu terris sitis in villa B.

V. Schiedsrichterlicher Spruch zweier Canonici der Kirche zu Cöln v. J. 1293. (*Würdtwein*, nova subsid. dipl. t. 4. n. 25. p. 70.)

— Noveritis, quod cum inter venerabilem virum Dominum C. Prepositum et Archidiaconum predicte Colon. Ecclesie ex una parte et discretum virum P. Decanum Ecclesie S. Marie ad Gradus Colon. exorta fuisset materia questionis super institutionibus et destitutionibus ecclesiarum in oppido Tremoniensi et Decanatu ejusdem consistentium, nec non excessuum correctionibus in Clero et

*) Wiederholt in einer Urk. v. J. 1229. Daſ. n. 47. p. 149.

Digitized by Google

populo, jurisdictione et his similibus infra terminum et districtum dicti Decanatus Tremoniensis, que omnia dictus Prepositus et Archidiaconus ad se spectare dicebat, dicto Decano contrarium asserente, immo ad se omnia et singula premissa pertinere pleno jure dicente de consuetudine prescripta a tempore, cujus memoria non extabat, et quod ipse Decanus et sui Antecessores a tempore, quo sanctus Anno ecclesiam sancte Marie ad Gradus fundavit, sit et fuerint *in possessione juris vel quasi instituendi et exercendi* premissa et his similia infra limites Decanatus Tremoniensis etc.

VI. Urk. v. J. 1302. (*Günther*, l. c. t. 3. n. 12. p. 106.)

— — Conradus — dominus de T. notitiam veritatis. Licet venerabiles viri decanus et capitulum ecclesie Monasteriensis in Eyſſia et predecessores eorum sint et fuerint a tempore cujus memoria non existit, in *possessione quieta* et perceptione pacifica *decimarum* novalium — in parochiis de V. et de S. — ita quod nullus temporibus patris nostri, avi et proavi *possessionem* dictarum *decimarum* et perceptionem pacificam turbaverit, impediverit seu inquietaverit ulla causa tamen nos opinantes — jus circa dictas novalium decimas habere seu ad nos pertinere, dictorum decani et capituli possessionem quietam et perceptionem pacificam hactenus possessam et habitam turbavimus et inquietavimus dictos decanum et capitulum super dictis novalium decimis impugnando.

VII. Urk. v. J. 1425 (*Harenberg*, antiq Gandersh. p. 884).

— — vnde wy antwordet one den *teghenden* ouer de — houe — in ore vpnemende brukende hebbende ruweliken *were*, also dat se den alle iar vpnemen vnde bruken schullen.

VIII. Urk. v. J. 1451 (Daſ. p. 434.)

— — mit dem *tegeden* to B — wen wi den in *weren* vnd vpname hebben.

IX. Urk. v. J. 1454. (Entdeckter Ungrund der Einwendungen gegen des teut. Ritterordens Balley Heſſen — Immedietät — Beil. N. 11.)

— — Brenget der erſame her Martin — zu als recht iſt, mit alden unverletzten Regiſtorn, daß der Probſt — pflichtig

und schuldig sin zu geben achte Schillinge phenige — und seß Kese und die in offhebendiger Gewere herbracht han und bezahlet sin [1]).

X. Urk. v. J. 1434. (*Mon. Boica*, t. 23. p. 397.)

— haben wir (die Verkäufer) yn (den Käufern) den obgenanten *zehanten* mit aller zugehorung ubergeben auss vnnser *nutz vnd gewer* vnd sy des eingeseczt in ir rechte nutz vnd gewer [2]).

XI. Auszug aus einer processualischen Verhandlung zwischen dem Abt zu Ettal als Kläger und dem Abt zu Fürstenfeld v. J. 1488. (Das. t. 7. n. 54. p. 302 flg.) Der Kläger bringt vor: wie er ein *Gericht* zu M. in der Grafschafft D. das hette er bisher beruhlich in stiller *Nutz und Gewer* — ingehabt, darin thete Im der von Furstenfeld Irrung vermeinende, dass er sein Hindersassen daselbs zu M. und nit der von Etal als Gerichts Herr zu straffen —.

XII. Urk. v. J. 1506. (*Kreysig*, dipl. et script. ad hist. Germ. t. 2. p. 675.)

— Setze auch sie des *Zehens* halben In stille nutzliche *gewerde* vnd gebrauch den Innen zu haben zu gebrauchen vnd zu geniessen [3]).

Dieser Quasibesitz wurde, wenn er widerrechtlicher Weise verletzt oder entzogen war, durch den Richter geschützt.

XIII. Urtheilsspruch gegen das J. 1170. (*Meichelbeck*, histor. Frising. t. 1. pars instr. n. 1348. p. 562.)

Ego Alb. Sanctae Tridentinae Ecclesiae Episcopus visis et auditis allegationibus Domini Alberti Frisingensis Episcopi super lite, quae vertebatur inter eum et Comitem Pertoldum de Tyrole et Comitem Arnoldum de Grisenstain de *possessione decimationum* novalium —. Et cum saepe interrogati non contradicerent, et per plures testes cognovissem, Ecclesiam de Cella horum novalium decimationem

1) *Haltaus*, gloss. v. aufheben.

2) Vergl. *Mon.* B. t. 9. p. 605. a. 1320; t. 12. p. 263. a. 1468; t. 15. p. 491. a. 1397; t. 23. p. 140. a. 1346; p. 142. ej. a.; p. 165. a. 1350; p. 170. a. 1351. Zeugenrotul aus dem 14. Jahrh. in: Gründliche Ausführung der Reichsstadt Lindau, S. 527 ff.

3) Vergl. *Kreysig*, l. c. p. 673. a. 1505. *Mon. B.* t. 23. p. 599. a. 1497.

Digitized by Google

possedisse, Comites ad *restituendam eam partem possessionis decimationum* istorum novalium, quam ipsi tenent, condempno [1]).

XIV. Urtheil des Domcapitels zu Regensburg v. J. 1275. (*Mon. Boica*, t. 15. n. 16. p. 185.)

Nos A. Praepositus, V. Decanus totumque Ratisb. Ecclesiae Capitulum — volumus esse notum, quod cum Chunradus — Abbas in Prüel nomine suo et Monasterii sui Chunradum — verum Pastorem in Schönaich et Fridericum Provisorem ejusdem Ecclesiae coram nobis traxisset in causa dicens et proponens in figura judicii contra eos, quod eum et Monasterium in Prüel *Possessione* duarum partium *Decimae* majoris et minutae in Schönaich — et tertia parte in Haimpuch — quas ipse et antecessores sui nomine Monasterii Prüellensis multis annis et temporibus possederunt pacifice et quiete, contra Deum et Justitiam indebite *spoliassent*. Tandem quia nobis auditis Juribus utriusque partis constitutis evidenter cunctis juris Solemnitatibus observatis, quod praedictus Abbas Monasterii in Prüel super dicta Possessione Decimarum, quae superius sunt expositae, per ipsum Chunradum Decanum verum Pastorem in Schönaich et per Fridericum Provisorem ejusdem Ecclesiae per *violentiam fuerat destitutus*, Nos ipsum Abbatem et Monasterium in Prüel ad eandem *possessionem* duximus *restituendum*, Justitia mediante, quam de facto amiserat non de jure, *servata tamen quaestione proprietatis* [2]) *parti adversae*, si quando jus suum contra ipsum Monasterium duxerit prosequendum.

XV. Urk. v. J. 1279. (*de Falckenstein*, cod. dipl. Nordg. n. 69.)

Nos Hildebrandus Dei gratia Eystettensis Episcopus et nos Ludwigus Senior de Ottingen profitemur —, quod supra causis controversis et discordiis inter nos habitis de *jure patronatus* in S — —. Nos arbitros elegimus — quibus damus potestatem amicabiliter componendi si poterunt,

1) Vergl. auch XX. u. XXI.

2) Vergl. Urtheil desselben Gerichts v. J. 1289. Das. t. 16. p. 297.

Digitized by Google

si autem non poterunt, per viam stricti arbitrii tam *petitorium quam possessorium* terminabuntur.

XVI. Urtheil in einem über den Beſitz des Patronatrechts geführten Proceſſe v. J. 1256. (*Meichelbeck*, l. c. t. 2. pars instr. n. 181. 1. p. 117.)

— — Et meritis ipsius causae et partium plenius consideratis et receptis testibus — habito sapientum consilio dictum procuratorem praefati Episcopi — in *possessionem juris patronatus* Ecclesiae in P. *restituimus*.

XVII. Urk. v. J. 1304. (*Mon. B.* t. 12. n. 46. p. 153.)

Nos C. Praepositus, C. Decanus totumque Capitulum Ratisponensis Ecclesiae, quia Domino C. — Abbatè de Obernaltach et Conventu suo agentibus contra — Dominum A. Vicarium in Haybach et petentibus quod cum idem Vicarius eos *possessione vel quasi tertie partis decimarum* in — O — *spoliaverit*, restitueretur ad decimas supra dictas et perceptionem earum — et idem Abbas et Conventus possessionem hujusmodi et *dejectionem* se obtulerunt probaturos, idem Vicarius spoliationem hujusmodi non negavit, ipsos Abbatem et Conventum *restituimus* ad omnes decimas supradictas et perceptionem plenariam earundem.

XVIII. Entſcheidung des Papſtes Urban V. in einem Streite zwiſchen dem Abt Gotſchalk zu Pegau und Bürgermeiſter und Rath daſelbſt über gewiſſe Hoheitsrechte v. J. 1393. (*de Ludewig*, rel. manusc. t. 2. n. 82. p. 317 ff.)

Petitio dilectorum filiorum Gotschalci abbatis et conuentus monasterii Pigauiensis — Merseburgensis diocesis nobis exhibita continebat, quod licet supremum dominium in opido Pigauiensi dicte diocesis ac emolumentorum ratione hujusmodi dominii prouenientium perceptio, nec non proconsulis et consulum dicti opidi, dum ad proconsulatus et consulatuum officia de nouo assumuntur, confirmatio ac iuramentorum per ipsos proconsulem et consules ac scabinos et notarios predicti opidi prestandorum receptio, nec non etiam cujusdam census annui viginti marcharum argenti ipsis abbati et conuentui in dicto opido et ejus suburbiis debiti perceptio ad dictos abbatem et conuentum pertinerent, prout pertinent, et tum iidem Gotschalcus abbas et conuentus

Digitized by Google

quam predecessores eorum fuissent et tunc etiam existerent in pacifica *possessione uel quasi dominii percipiendi emolumenta et censum hujusmodi, confirmandi proconsulem et consules et recipiendi iuramenta predicta* a tempore cujus contrarii memoria non existebat. Quia tamen proconsul, consules, scabini et uniuersitas dicti opidi eodem abbatem et conuentum dominio et emolumento predictis possessione seu quasi confirmandi proconsules — — et etiam censu predicto contra iustitiam *spoliarunt*, — prefati abbas et conuentus — prefatos proconsulem, consules, scabinos et uniuersitatem requisierunt, ut eisdem abbati et conuentui possessionem uel quasi predicti supremi dominii, percipiendi emolumenta et censum — dimitterent. — — Nachdem die Sache auf dem Wege der Berufung an den Papſt gekommen war, erfolgte die nachſtehende Entſcheidung: spoliationem predictam fuisse et esse temeratam, illicitam et iniquam, ac de facto temere, indebite ac inique attemptatam et quatenus de facto processit, reuocandam fore — ipsosque abbatem et conuentum ad possessionem uel quasi supremi dominii, iuramenti fidelitatis, confirmationis proconsulis consulum ac iuramentorum inde secutorum et annui census predictos ad *statum suum pristinum reducendos, restituendos et redintegrandos fore.*

XIX. Proceſſualiſche Verhandlung vom J. 1491 (*Mon. Boica*, t. 16. n. 217. p. 511 seq.).

— — Sindicus dicti monasterii ponit et dicit, quod monasterium in vnderschoenfeldt fuit *in possessione vel quasi percipiendi unam libram piperis* ex bonis situatis in H. — item quod dictus A. T. reus, qui possidet hujusmodi bona in H. — animo et intentione dictum monasterium sua pacifica et quieta possessione privandi et spoliandi — dictam libram piperis distulit ac solvere *recusavit* — item quod, licet reus ad solvendam dictam libram piperis sepius amice requisitus fuerit, ipse tamen semper recusavit —. Quare — petit Sindicus — quatenus — possessionem dicte libre piperis *violenter* ablatam fuisse et esse restituendam —. Nos tunc judices prefati — promulgamus definitivam sententiam talis modo sub tenore: — pronunciavimus — Abbatissam

Digitized by Google

monasterii in Schoenfeldt inferiori — et ejus monasterium actricem in possessione vel quasi percipiendi annuatim a reo unam libram piperis — ipsamque dominam actricem possessione hujusmodi per decennium proxime preteritum ob non solutionem ejusdem libre piperis spoliatam et destitutam esse; quocirca eandem dominam abbatissam *in pristinam possessionem libre piperis annui census restituendam et reintegrandam fore*, ac restituimus et reintegramus.

Auf das Recht ſelbſt kam es dabei nicht an; die Entſcheidung darüber bildete ein beſonderes Verfahren, und wurde meiſt in dem den Beſitzſtreit endigenden Erkenntniß vorbehalten. Außer der unter No. XIV. mitgetheilten Urkunde gehört hierher:

XX. eine Decretale Hadrian's IV. zwiſchen 1154 und 1159. (Antiquae coll. decretalium, coll. 1. [Bernhardi Papiensis] lib. 3. tit. 26. de decimis c. 19.)

Hadrianus monachis de sancto Lav. Sicut vobis vestra iura integra vultis illibataque servari: sic et aliis justitiam suam subtrahere nequaquam debetis. Audivimus autem, quod decimas ecclesiae de Colligran cum ea, in qua solvi debebant integritate, antequam fundus ad vestrum dominium perveniret, non solvitis. Unde quoniam indecens et inhonestum vobis valde existit, ut aliis damna praesumatis inferre, quae vobis nullatenus irrogari velletis, universitati vestrae per A. s. m. et m. prae. qua.[1]) praedictas decimas memoratae ecclesiae sine deminutione aliqua et cum ea integritate, in qua antiquitus solvi solebant, solvere non differatis. — Verumtamen si quid *juris* ibi vos habere confiditis in praesentia ven. fr. nostri wingorniensis Episcopi et dilecti filii nostri Decani Cicestrensis oc. et ap.[2]) remota, ordine iudiciario experiamini, quod ipsi inter vos et partem alteram duxerint statuendum firmiter suscepturi et inviolabiliter servaturi.

XXI. Decretale Alexander's III. zwiſchen 1159 u. 1180. (Daſ. c. 22.)

Alexander III. Lundon. et Wig. Episcopis. Deferente ma-

1) I. e. Apostolica scripta mandamus et mandando praecipimus quatenus.
2) I. e. occasione et appellatione.

Digitized by Google

gistro N. latore praesentium nobis innotuit, quod hospitalarii de A. decimas de nutrimentis animalium suorum et decimas quarundam terrarum, quae ad jus ejusdem ecclesiae spectare noscuntur, solvere *contradicunt*, et injuste detinere praesumunt. Inde est, quod praecipiendo m. qua. praedictos hospitalarios inducatis, ut praescriptas decimas tam majores quam minores, aut earum aestimationem memorato N. sine diminutione restituant et de solvendis nullam inferant molestiam, aut in praesentia vestra ap. re. *exhibeant justitiae complementum* [1]) nullo munimento juri N. praejudicium faciente. Quod si ad admonitionem vestram neutrum horum adimplere voluerint, ipsos ad alterum efficiendum ecclesiastica districtione compellatis.

Diese bis in das 12. Jahrhundert hinabreichenden Urkunden enthalten eine weitere Bestätigung der oben vertheidigten Ansicht, daß die Ausübung derjenigen Rechte, welche die Gewere zu ihrer Grundlage hatten, eines, von den Bestimmungen des römischen Rechtes ganz unabhängigen, possessorischen Schutzes genossen habe. Die bekannte Ansicht der mit dem römischen Rechte vertrauten Juristen über die Bedeutung des einheimischen Gewohnheitsrechts, und das daraus hervorgehende Streben, die eigenthümlich deutschen Institute auf jenes zurückzuführen, oder wenigstens an dasselbe anzulehnen, tritt aber auch in einzelnen der mitgetheilten Urkunden, besonders in der aus dem römischen Rechte entlehnten Terminologie (quasi possessio) hervor.

Nehmen wir jetzt Rücksicht auf die gesetzlichen Bestimmungen, so ergibt sich, daß das kanonische Recht des Quasibesitzes bei Ausübung mehrerer eigenthümlich deutschen Rechte erwähnt. So ist die Rede von einer *possessio juris parochialis* [2]), von dem Quasibesitz des einer geistlichen Corporation zustehenden Wahlrechts [3]), von einer quasipossessio *juris patronatus* [4]), von einer possessio *affictuum et pensionum* [5]) und vom Besitz des Zehntrechts [6]).

1) Diplom des Papstes Innocenz II. v. J. 1142. (*Mon. Boica*, t. 1. n. 5. p. 358.)
2) C. 2. X. ut lite non contest. (2. 6.); c. 17. X. de rest. spol. (2. 13.)
3) C. 3. X. de causa poss. et propr. (2. 12.)
4) C. 24. X. de elect. (1. 6.); c. 19. X. de jure patron. (3. 38.)
5) C. 19. X. de rest. spol.
6) C. 6. 19. de praescript. (2. 26.)

Digitized by Google

Allein man würde irren, wenn man in diesen Stellen den Grund der deutschen Rechtsansicht finden wollte; das kanonische Recht hat sich vielmehr an die schon vorher bestehende Rechtsansicht angeschlossen und dieselbe seinen Entscheidungen zu Grunde gelegt.

Auch in den Reichsgesetzen begegnen wir vielen Aussprüchen, welche einen vom Richter zu schützenden Quasibesitz gewisser Rechte annehmen. Es mögen hier nur folgende Stellen erwähnt werden:

Reichsabsch. v. J. 1548, §. 59.

— — wo sich befinde, daß ein ausgezogener Stand — hätte dem heiligen Reich gesteuert und also das Reich in *quasi possessione* wäre —.

Instr. pac. Osnab. art. 5. §. 46.

Illi vero reditus, census, decimae, pensiones, — quae statibus Augustanae confessionis — e Catholicorum provinciis debentur, quorumque in *possessione vel quasi percipiendi* anno 1624 die 1. Januarii fuerunt. Ibid. §. 47.

§. 48. — Ad consequendos tamen reditus, census, decimas, pensiones in iis Augustanae confessionis statuum ditionibus ubi Catholici — in *possessione vel quasi exercitii jurisdictionis* Ecclesiasticae fuerunt —.

Umgekehrt wird in dem Falle, wo ein Besitz des Rechtes nicht vorhanden ist, eine *possessio libertatis* auf Seiten des Gegners angenommen*).

Weit entfernt also, daß die deutsche Rechtsansicht durch das römische Recht verdrängt worden wäre, tritt dieselbe noch in einer Zeit, wo dieses über das einheimische im Allgemeinen schon längst den Sieg davon getragen hatte, auf das Unzweideutigste hervor. Besonders wichtig sind in dieser Beziehung mehrere reichsgesetzliche Bestimmungen, in welchen der possessio und der Gewere an körperlichen Sachen und Gerechtigkeiten der richterliche Schutz zugesichert wird.

Landfrieden v. J. 1548, Eing. §. 1.

— — Daß auch keiner den andern seiner Possession, Inhabens oder Gewehr, es weren Schloß, Städt, Dörffer, Kirchen, Klöster, Clausen Zinß, Gülden, Zehenden, liegend

*) R.-A. v. 1576, §. 20 u. 104; v. 1567, §. 52; v. 1594, §. 16. S. unten §. 18.

Digitized by Google

und fahrend Haab und Güter, Regalia, Jurisdiction, Gericht, Hoch- und Oberkeiten, Geistlicher und Weltlicher Zöll, Wasser, Weyde und aller anderer Gerechtigkeiten, nichts außgenommen, mit gewehrter Hand und gewaltiger That freventlich entsetzen.

Reichsabsch. von Trier und Cöln v. J. 1512, Th. 1. Tit. 4. §. 12.

Und nachdem sich oftmals im Reich begiebt, daß der streitigen Possession oder Gewehr halben Spän und Irrthum — entstehen, haben wir demselben zu begegnen, geordnet —: Ob hinfüro zween oder mehr — irrig oder streitig würden um Innhaben oder Possession eines Guts oder Gerechtigkeit ꝛc. [1]).

## §. 5.

### Feststellung derjenigen Rechte, deren Ausübung einen Quasibesitz begründet.

Roßhirt [2]) will aus den Worten der L. 14. D. de servit. (8. 1.): „Servitutes praediorum rusticorum, *etiamsi corporibus accedunt*, incorporales tamen sunt" ein allgemeines Kriterium für die Beantwortung der Frage ableiten, in welchen Verhältnissen ein Quasibesitz anzunehmen sei. Das accedere corporibus drücke nämlich „die Beziehung auf eine körperliche Sache, als die Grundlage des dinglichen Rechtes, welches sich nur da denken läßt, woran Eigenthum möglich ist," aus. Die Rechte nun, welche diese Eigenschaft haben, sollen auch einen Quasibesitz zulassen, denn dieses corporibus accedere sei nicht eine Eigenthümlichkeit der Rusticalservituten, sondern gelte eigentlich für alle dinglichen Rechte, und nur bei solchen könne ein Besitz vorkommen. Abgesehen davon aber, daß bei dieser Ansicht von der (wenn gleich ganz richtigen, §. 3), Voraussetzung ausgegangen ist, daß der Begriff des Besitzes durch deutsch-rechtliche Grundsätze nicht verändert sei, so kann doch aus dem römischen Rechte niemals die Frage entschieden werden, auf welche

1) Vergl. R.-A. von Worms v. J. 1521, Tit. 32. §. 1. K.-G.-Ord. v. 1555, Th. 2. Tit. 21. Diese Stelle ist auch in das Concept der K.-G.-Ord. v. 1613, Th. 2. Tit. 22. übergegangen.

2) Arch. f. d. civ. Pr. B. 8. S. 27 u. 49 ff.



Digitized by Google

einzelnen Rechte das accedere corporibus Anwendung leide. Wir müssen daher im deutschen Recht ein Princip aufsuchen, nach welchem entschieden werden kann, in welchen Verhältnissen ein Quasibesitz anzunehmen ist. Dieses Princip ist folgendes: Ein Quasibesitz wird durch die Ausübung aller Rechte begründet, an welchen nach den Grundsätzen des ältern Rechts eine rechte Gewere Statt fand, oder welche, wie man sich jetzt ausdrückt, auf Grund und Boden radicirt sind. Hierher gehören nicht nur die Rechte, welche sich auf ein einzelnes Grundstück als verpflichtetes Subject beziehen, sondern auch diejenigen, welche sich über einen ganzen Bezirk, über ein ganzes Territorium, erstrecken und daher gegen jeden Bewohner desselben geltend gemacht werden können. Welche Rechte im Einzelnen diesen Charakter haben, läßt sich nur aus dem ältern Recht nachweisen. Mehreren derselben wird diese Eigenschaft in den ältern Rechtsquellen geradezu beigelegt; namentlich wird bei den durch den Rentenkauf auf ein Grundstück fundirten Zinsen [1]), dem Zehnten [2]) und andern Grundzinsen [3]), die daran stattfindende Gewere ausdrücklich erwähnt; ferner wird in einer Urk. v. J. 1313 [4]) dem Patron eine rechte Gewere am Patronatrecht zugeschrieben. Es läßt sich aber ein allgemeines Merkmal angeben, nach welchem es keine Schwierigkeit hat, diejenigen Rechte, welche in diese Kategorie gehören, zu bestimmen. Die Regel des longobardischen Lehenrechts nämlich in II F. 1. §. 1: Sciendum est autem, feudum sive beneficium non nisi in rebus soli, aut solo cohaerentibus, aut in iis, quae inter immobilia connumerantur — posse consistere, entspricht der Regel des deutschen Rechts, daß ein Lehen im eigentlichen Sinne nur an solchen Sachen bestellt werden könne, an welchen eine rechte Gewere stattfindet [5]); daher können wir bei allen Rechten, welche als fähig zur Infeudation im ältern Recht angesehen wurden, was bei dem häufigen Vorkommen des Lehensnexus niemals zweifelhaft ist, schließen, daß sie auf Grund und Boden

1) Meine Reallasten §. 16.
2) Das. §. 53. und die oben Nr. VII., VIII., X. u. XI. abgedruckten Stellen.
3) In der oben Nr. IX. abgedr. Stelle.
4) *Würdtwein*, subsid. dipl. t. 6. n. 23 p. 129.
5) Schwäb. Lehenr. 100. §. 6: len one gewer ist nit len; 107. §. 8: — alles len one gewer ist unrecht len. Albrecht, Gew. S. 282 ff.

Digitized by Google

radicirt seien. Diese Rechte sind es auch, welche in den am Ende des vorhergehenden Paragraphen abgedruckten Stellen der Reichsgesetze Gerechtigkeiten genannt werden, womit auch der heutige Sprachgebrauch übereinstimmt.

Nach der gemeinen Meinung ist aber das kanonische Recht hierbei nicht stehen geblieben, und gestützt auf einzelne Stellen desselben ließen die ältern Juristen, wie in der Einleitung erwähnt ist, einen possessorischen Schutz auch noch in andern Verhältnissen zu. Diese in der neuern Zeit von v. Savigny[1]) siegreich bekämpfte Ansicht ist jetzt wieder von Geiger[2]), nur mit der Beschränkung in Schutz genommen, daß durch Ausübung eines Forderungsrechtes kein Quasibesitz begründet werde. Soviel ist hier zunächst außer Zweifel, daß nach ausdrücklichen Stellen des kanonischen Rechtes die Ausübung des Diöcesan- und Parochialrechts[3]), so wie insonderheit die Concurrenz bei der Besetzung geistlicher Pfründen als einen Quasibesitz begründend angesehen wird, namentlich die Ausübung des Patronatrechts[4]) und des einer geistlichen Corporation zustehenden Wahlrechts[5]). Allein das Princip ist auch hier festgehalten worden. Die Staatsgewalt im Ganzen nämlich, so wie die einzelnen in ihr enthaltenen Hoheitsrechte[6]) sind in Deutschland von jeher als ein lehensfähiges Object angesehen worden, also als Rechte, die auf Grund und Boden radicirt sind; eine analoge Anwendung dieses Grundsatzes auf die Kirchengewalt und die einzelnen darin begriffenen Befugnisse lag daher nicht fern, zumal da, gleichwie die Grafschaften und Herzogthümer, so auch die Abteien und Bisthümer von dem Kaiser zu Lehen gegeben wurden[7]). Der in dieser Beziehung zwischen diesem und dem Papste geführte und durch das **Concordatum Calixtinum** verglichene Streit zerriß den Lehensnexus nicht, denn wenngleich fortan der Kaiser die Bischöfe nur mit den Temporalien belehnen sollte[8]), so trat dafür das dem Papst

1) Besitz 8. 49.
2) Zeitsch. f. Civilr. u. Pr. B. 13. S. 278 ff.
3) C. 17. X. de restit. spol. (2. 13.)
4) C. 24. X. de elect. (1. 6.)
5) C. 3. X. de causa poss. et propr. (2. 12.)
6) S. z. B. §. 4. XI.
7) Eichhorn, R.-G. §. 190.
8) Das. §. 232.



Digitized by Google

schon durch die ältern Kirchengesetze eingeräumte Recht, dem Bischof die Spiritualien zu ertheilen, in Ausübung; und daß hierbei die Idee eines zwischen dem Papst und den Bischöfen bestehenden Lehensnexus immer festgehalten wurde, ergibt die bei der Consecration der Bischöfe übliche, der Belehnung mit weltlichen Gütern nachgebildete Form, so wie der schon seit Gregor VII. in einen wahren Vasalleneid verwandelte frühere Eid des kanonischen Gehorsams[1]). So wie also die Hoheitsrechte des weltlichen Regenten auf ein bestimmtes Territorium radicirt waren, so erstreckten sich die spirituellen Rechte des Kirchenobern über die einzelnen kirchlichen Sprengel. Daher konnte man nach der oben angeführten Urk. v. J. 1313 von einer rechten Gewere am Patronatrecht sprechen, so wie von einem Besitz des Rechts, eine Pfründe zu besetzen. Hierher gehört die oben unter V. abgedruckte Urk. v. J. 1293, wo von einer possessio juris vel quasi instituendi (parochum) die Rede ist. Auf dieselbe Weise verhielt es sich bei der Besetzung weltlicher Aemter:

> Auszug aus einem zwischen dem Bischof von Worms und der Stadtgemeinde daselbst geführten und im kaiserlichen Hofgericht 1494 entschiedenen Processe (*Schannat*, hist. ep. Worm. t. 2. n. 276). Der Bischof bringt hier vor:
>
> Wiewohl sein vorfarn Bischove zu Worms und Er eins, zehen, zwentzig, dreyzig, viertzig, oder ye so viel jare als zu recht genug seye, in ruhigem *beses oder quasi possess nutz und gwere* gewest weren, Burgermeister, Schultheissen, Rathe, Richter und Greffen in der stat Worms — zu *besetzen* —

Hiermit ist die unter XVIII. mitgetheilte Urk. v. J. 1393 zu vergleichen, wonach der Abt zu Pegau in dem Besitze des Rechts geschützt wird, den Stadtrath daselbst zu confirmiren und sich den Huldigungseid leisten zu lassen.

Es ist daher irrig, wenn Geiger[2]) das Recht der Besetzung geistlicher Pfründen für ein persönliches hält, und daher behauptet, daß das kanonische Recht einen Besitz auch bei Ausübung persönlicher Rechte annehme.

---

1) Das. §. 316. Kirchenrecht Th. 1. S. 588 ff. Vergl. auch Th. 2. S. 743 (beneficium bedeutet Lehen und Pfründe).

2) A. a. O. S. 277.

Digitized by Google

## §. 6.

### Die Ausübung von Forderungs- oder Familienrechten begründet keinen Quasibesitz.

Soweit ist also das Princip festgehalten, daß nur die Ausübung solcher Rechte, die als auf Grund und Boden radicirte gelten, einen Quasibesitz begründen kann. Nun wird aber nach der ältern gemeinen Meinung, die noch jetzt ihre Vertheidiger hat, auch bei andern Rechten, die dieser Eigenschaft gänzlich entbehren, ein Besitz angenommen, namentlich bei der Ausübung von Forderungs- und Familienrechten, weshalb diese Ansicht hier noch einer Prüfung zu unterwerfen ist.

Die Annahme der ältern Juristen, daß durch die Ausübung eines Forderungsrechtes ein zu schützender Quasibesitz begründet werde, entbehrt so sehr eines jeden haltbaren Grundes, und wird jetzt so allgemein als irrig verworfen, daß eine Widerlegung als ganz unnöthig angesehen werden muß. Es genügt hier, vor einem Irrthum zu warnen, welcher durch die Statthaftigkeit des Besitzes bei Ausübung der einer Reallast gegenüberstehenden Berechtigung erzeugt werden könnte. Wenngleich nämlich die Ausübung einer solchen Berechtigung mit der Ausübung eines reinen Forderungsrechtes (z. B. der Annahme von Zinsen eines ausgeliehenen Capitals) darin ganz übereinstimmt, daß von einem Dritten eine Leistung vorgenommen wird (eine Aehnlichkeit, die zu der Ansicht Veranlassung gegeben hat, die Reallasten als dingliche Obligationen, oder subjectiv dingliche Rechte zu behandeln [1]), so ist dabei doch zu erwägen, daß die von dem Inhaber des belasteten Grundstücks zu beschaffende Leistung gar nicht zur Erfüllung einer obligatorischen Verpflichtung, sondern zur Anerkennung des dem Berechtigten an dem belasteten Grundstücke selbst zustehenden Rechtes geschieht [2]).

Dagegen ist auf die Frage hier noch näher einzugehen, ob nicht bei Familienverhältnissen ein zu schützender Besitz anzunehmen sei, da diese Ansicht in einzelnen Stellen des kanonischen Rechtes, wenigstens in Beziehung auf die Ehe, eine Stütze zu finden scheint, und auch neuerdings von Geiger [3]) wieder vertheidigt ist.

1) Meine Reall. §. 8 — 10.
2) Das. §. 15.
3) Zeitsch. f. Civilr. u. Pr. B. 13. S. 277 ff.

Digitized by Google

Nach dem kanonischen Recht soll nämlich der Ehemann, wenn die Frau ihn verläßt [1]) und diese, wenn jener sie vertreibt, als spoliirt angesehen [2]) und der auf diese Weise das eheliche Beisammenleben aufhebende Ehegatte vom Richter zu dessen Fortsetzung angehalten werden, wenn dieselbe nicht als sündlich (z. B. wegen zu naher Verwandtschaft [3])) oder wegen der Rohheit des Mannes als lebensgefährlich für die Frau [4]) angesehen werden muß. Dieser dem ehelichen Verhältniß zu gewährende Schutz kann aber, wie von Savigny [5]) nachgewiesen hat, nur als eine provisorische Maßregel, die mit dem Besitz durchaus nicht in Verbindung steht, angesehen werden. Auch beweiset für die gemeine Meinung der Umstand nichts, daß in c. 13. cit. der Ehemann und die Ehefrau in den eben angeführten Fällen *spoliatus* und *spoliata* genannt werden; denn dieser Ausdruck kommt auch in einer weitern ganz unjuristischen dem deutschen berauben entsprechenden Bedeutung, welche er bei den lateinischen Classikern hat, auch noch später vor; so wird z. B. in einer vom Bischof von Regensburg ausgestellten Urk. v. J. 1296 [6]) von denjenigen, welche die der Kirche vermachten Legate nicht auszahlen, gesagt, daß sie den Testator seines Seelenheiles beraubten („salutis remedio spoliantes"). Daß spoliare in diesem weitern Sinne im c. 13. gebraucht ist, muß man aber deshalb annehmen, weil die engere und juristische Bedeutung, in welcher es die Entziehung des Besitzes bezeichnet, hier ganz ohne Sinn ist.

Mit mehr Schein könnte man sich mit Geiger auf eine andere Aeußerung dieses c. 13. beziehen. Der Fall ist folgender: Eine Frau hatte ihren Mann verlassen und auf Ehescheidung geklagt, weil sie mit demselben in einem indispensabeln Grade verwandt sei. Der Mann verlangte dagegen, daß die Frau vorerst wieder zu ihm zurückkehre. Papst Innocenz III., an welchen sich der Richter, bei dem die Sache anhängig war, mit der Bitte um Belehrung gewendet hatte, rescribirte, daß über diesen Fall verschiedene Ansichten herrschten. Von Einigen werde nämlich behauptet, es müsse zuerst

1) C. 8. 13. X. de restit. spol. (2. 13.)
2) C. 10. X. eod.
3) C. 10 et 13. X. eod.
4) C. 8. c. 13. in fin. eod.
5) Besitz §. 49.
6) *Mon. Boica*, t. 26. n. 43. p. 37.

Digitized by Google

die Restitution erkannt und dann die Ehescheidungssache verhandelt werden, wofür sich eine Decretale des Papstes Lucius anführen lasse (c. 10. X. de rest. spol.); Andere seien dagegen der Meinung, daß zuerst der Ehescheidungsproceß entschieden werden müsse, wegen der Gefahr des Incests, wenn vorher die Restitution erkannt werde, und für diese Ansicht spreche eine Decretale des Papstes Clemens (c. 1. X. de ordin. cognit. 2. 10.): „Nos autem, sagt darauf Innocenz, ad praesens nullam de praedictis sententiis reprobamus, nec cuiquam earum aliquod praejudicium ex nostra responsione volumus generare, quamvis praescriptum Lucii papae mandatum ad *possessorium* responsum vero Clementis ad *petitorium* referatur. Um dem Scheine zu begegnen, als wenn die Entscheidungen der Päpste Lucius und Clemens mit einander im Widerspruch ständen, läßt Innocenz die Bemerkung mit einfließen, daß die eine Entscheidung auf das Possessorium, die andere auf das Petitorium zu beziehen sei. Mit jenem Ausdruck soll das Restitutionsverfahren, mit diesem der Ehescheidungsproceß selbst bezeichnet werden, wobei aber durchaus nicht anzunehmen ist, daß beide Ausdrücke in der technischen Bedeutung gebraucht seien, und das Restitutionsverfahren als ein wahrer Besitzstreit dem Ehescheidungsprocesse als dem Streite über das Recht entgegengesetzt werde.

Eben so wenig läßt es sich durch das c. 14. eod beweisen, daß das eheliche Beisammenleben die Rechte des Besitzes begründe. In dem hier erzählten Falle war ein junges Mädchen von ihrem Oheim einem noch nicht siebenjährigen Knaben zur Ehe bestimmt und in das Haus des Vaters desselben gebracht worden; nachdem aber das Mädchen mannbar geworden war, wollte es den Wunsch des Oheims nicht erfüllen und erbat sich vom Bischof des Wohnorts die Erlaubniß, einen Andern heirathen zu dürfen. Papst Innocenz III. entschied nun folgendermaßen: Quia igitur non credimus ambigendum, quin ipsa mulier, quamvis minor, causam possit matrimonii per procuratorem tractare, ac pars alia, quae mulieris restitutionem sibi fieri prius postulabat, restitui nequaquam debeat, utpote nullo juris seu *possessionis commodo destituta*, cum per solam traductionem, quam non praecesserunt sponsalia vel consensus legitimus, nec fuerunt etiam subsequuta, nullum inter eos obligatorium vinculum sit contractum. — Man schließt

Digitized by Google

nun so, daß, wenn die Ehe wirklich geschlossen ist, der das eheliche Beisammenleben eigenmächtig aufhebende Ehegatte zu dessen Fortsetzung gezwungen werden könne, weil er den andern des possessionis commodum beraubt habe. Allein daß dieses possessionis commodum von einem, wenn die Ehe in giltiger Form geschlossen ist, durch das begonnene gemeinschaftliche Leben begründeten juristischen Besitz des ehelichen Verhältnisses nicht verstanden werden kann, ergibt sich daraus, daß jenes possessionis commodum nur dann angenommen werden soll, wenn eine formell giltige Ehe eingegangen ist, d. h. also, wenn jeder Ehegatte das Recht hat zur Fortsetzung des ehelichen Lebens. Für den Besitz an sich ist aber das Recht dazu ganz irrelevant.

Eine solche, man kann nicht sagen Erweiterung, sondern gänzliche Vernichtung des Begriffes des Besitzes, wie sie aus den angeführten Stellen des kanonischen Rechtes abgeleitet wird, kann aus solchen beiläufigen Aeußerungen nimmer geschlossen werden. Diese Methode der Interpretation, wobei einzelne Aeußerungen gar nicht im Zusammenhange mit dem Rechtssystem im Ganzen erklärt, sondern als selbstständige, nur aus sich selbst zu erläuternde gesetzliche Verfügungen behandelt werden, führt noch zu weit seltsameren Resultaten. Da z. B. nach dem angeführten c. 14. ein possessionis commodum nur dann angenommen wird, wenn die Ehe in gesetzlicher Form eingegangen war, so könnte man daraus auch folgern, daß der Besitz nur dann geschützt werden dürfe, wenn man ein Recht dazu habe. Wenigstens könnte man auf den bekannten Satz des kanonischen Rechts: omne quod non ex fide est, peccatum est, die Behauptung stützen, daß nur ein im guten Glauben ausgeübter Besitz des richterlichen Schutzes theilhaftig werden könne, zumal da dasselbe eine Anwendung dieses Satzes in der Bestimmung enthält, daß derjenige, gegen welchen ein Spolium begangen worden, auch gegen den dritten Besitzer, welcher, um das Spolium wissend, die geraubte Sache an sich genommen, auf Restitution klagen kann, weil auch dessen Seele in Gefahr sei*).

*) c. 18. X. de rest. spol. (2. 13.)

Digitized by Google

## Zweiter Abschnitt.

### Erwerb des Quasibesitzes.

### §. 7.

#### Erwerb des Quasibesitzes im Allgemeinen.

Der nicht blos für Servituten, sondern für alle dinglichen Rechte des römischen Rechtes geltende Satz, daß sie nicht im Thun bestehen können [1]), bringt es mit sich, daß nach der Natur dieser Rechte die Ausübung derselben sich nur darin zeigen kann, daß der Berechtigte bestimmte Handlungen vornimmt, oder derjenige, gegen welchen das Recht ausgeübt wird (wie bei den negativen Servituten den Inhaber des dienenden Grundstücks), bestimmte Handlungen unterläßt. Das römische Recht kennt daher nur einen solchen Quasibesitz, welcher, der Ausübung dieser Rechte entsprechend, durch die Vornahme bestimmter Handlungen von Seiten des Berechtigten oder die Unterlassung derselben von Seiten eines Dritten begründet wird. Diesem ganz entgegengesetzt kennt aber das deutsche Recht eine Reihe von dinglichen Rechten, welche nur durch die vermittelnde Concurrenz eines Dritten, welcher seinerseits bestimmte positive Handlungen vorzunehmen hat, ausgeübt werden können. Der Besitz dieser Rechte kann daher auch nur dadurch erworben werden, daß die denselben entsprechenden Handlungen von dem Dritten vorgenommen werden.

Die Voraussetzungen, welche den Erwerb des Quasibesitzes bedingen, sind im Allgemeinen dieselben, unter welchen der Besitz überhaupt erworben wird, also corpus und animus [2]). Die erste Voraussetzung ist vorhanden, wenn der, welcher den Besitz erwerben will, sich in der Ausübung des Rechtes befindet, also wenn ihm die auf dem Grundstücke ruhenden Dienste geleistet und die

1) von Buchholtz, Versuche N. 14. S. 164. Büchel, civilr. Erört. Abh. 3. S. 5.

2) *Innocent.* IV. comm. ad c. 5. X. de rest. spol. n. 7. Roßhirt, im Archiv f. d. civ. Pr. B. 8. S. 66 ff.

Digitized by Google

Abgaben entrichtet sind. Der Besitzerwerb des Grundstücks, auf welches das Recht radicirt ist, und des Rechtes selbst haben nichts gemein; daher wird z. B. der Besitz des Zehntrechts nicht erworben durch Einführung des Zehntberechtigten in das zehntpflichtige Grundstück [1]). In den oben unter III., IV., VI., VII. u. VIII. abgedruckten Urkunden wird der Besitz darin gesetzt, daß der Zehnte eingesammelt (aufgenommen, aufgehoben) ist. Vergl. IX. Hiermit stimmt das kanonische Recht,

c. 31. X. de decimis (3. 30.):

— prohibemus, ne fratres hospitales praesumant ulterius impedire, ne decimas *percipias* memoratas et pacifice *possideas* in futurum —

und die Reichsgesetze,

Reichsabsch. v. J. 1548, §. 59:

— wo sich befinde, daß ein ausgezogener Stand innerhalb Menschengedenken eines zwei oder mehrmal hätte dem heil. Reich gesteuert und also das Reich in *quasi possessione* wäre — (vergl. §. 62.)

überein.

Einmalige Leistung ist zur Begründung des factischen Verhältnisses natürlich hinreichend, wie auch der angeführte §. 59. ausdrücklich bestätigt [2]). Die entgegenstehende auf L. 1. §. 2. D. de itin. act. priv. (43. 19.) gestützte Ansicht Biener's [3]), daß der Besitz derjenigen Rechte, deren Ausübung durch die Vornahme unabhängiger Handlungen geschehe (und dieses ist bei allen hierher gehörenden Rechten der Fall), nur dann erworben werde, wenn diese Ausübung an 30 Tagen fortgesetzt sei, beruht offenbar auf einer Verwechselung zwischen dem Erwerb des Besitzes mit den Voraussetzungen, unter denen der Besitz geschützt werden soll. Denn obwohl die Statthaftigkeit des interd. de itin. actuq. privato an die Bedingung geknüpft ist, daß mehrere einzelne Besitzhandlungen (nach der gemeinen Meinung an 30 verschiedenen Tagen) vorgenommen sind, so folgt daraus doch nicht, daß auch ein

1) *Innocent.* l. c. n. 6. u. 12.

2) *Post.* tract. mand. de manuten. obs. 18. n. 26.; ibiq. citt. meine Reall. Note 145.

3) System. proc. jud. t. 2. §. 265 (Ausg. v. 1835).

Digitized by Google

Erwerb des Besitzes erst nach dieser mehrmaligen Ausübung angenommen werden könne. Der Besitz der Wegegerechtigkeiten wird vielmehr durch einmalige Ausübung schon erworben [1]), und dieser Besitz zeigt sich auch bei der Verjährung wirksam, indem nicht geleugnet werden kann, daß diese Gerechtigkeiten durch Ausübung in 10 oder 20 Jahren auch dann erworben werden können, wenn die Ausübung in jedem Jahre nur einmal geschehen ist. Nach Biener's Ansicht würde in diesem Falle noch gar kein Besitz erworben und daher auch die Verjährung ausgeschlossen sein.

Von der Regel, daß der Besitz durch einmalige Ausübung erworben werde, machen einzelne Juristen folgende Ausnahmen.

1) Die einmalige Ausübung soll nur unter der Voraussetzung hinreichen, daß eine mehrmalige nicht oft geschehen könne; lasse dagegen das Recht seiner Natur nach eine öftere Ausübung zu, so werde zur Erlangung des Besitzes auch die Vornahme mehrerer Handlungen erfordert [2]). Diese Ansicht wird auf c. 17. X. de rest. spol., welches folgenden Fall enthält, gestützt: Zwischen dem Abte des Klosters der heil. Genovefa zu Paris und dem Bischof daselbst war ein Streit entstanden über den Besitz des Parochialrechts über die parochia de Monte; der Bischof behauptete, diesen Besitz dadurch erlangt zu haben, daß er die Excommunication über die Gemeindeglieder ausgesprochen, und dieses Besitzes dann durch den Abt entsetzt zu sein. Innocenz III. entscheidet darauf, daß dadurch allein, daß sich die Gemeindeglieder der fraglichen Parochie aus Furcht vor der ausgesprochenen Excommunication einige Tage der gottesdienstlichen Handlungen enthalten hätten, der Bischof den Besitz des Parochialrechts nicht erlangt habe, weshalb ihm auch derselbe nicht restituirt werden könne, da nicht vorliege, daß er spoliirt sei. Gonzalez Tellez erklärt diese Entscheidung nun so, daß der Bischof deshalb durch die einzige Handlung der Excommunication den Besitz nicht erworben habe, weil die Ausübung des Parochialrechts durch mehrere Handlungen geschehen könne. Allein der Grund, weshalb der Bischof durch Aussprechung der Excommunication den Besitz des Parochialrechts nicht erworben hatte, ist vielmehr der, daß das Recht zu

1) v. Savigny, bes. S. 584 ff.

2) *Gonz. Tellez* ad c. 17. de rest. spol. verb. ipsius sententia.

Digitized by Google

excommuniciren ein Ausfluß der bischöflichen Jurisdiction und nicht des Parochialrechts ist, da der Pfarrer freilich in Folge seiner auf den Beichtstuhl sich beziehenden jurisdictio interna Einzelne von den Sacramenten ausschließen (excom. minor), nicht aber die ganze Gemeinde, wie es im vorliegenden Falle geschehen, mit dem Interdict belegen kann. Da also in dem Aussprechen einer solchen Excommunication durchaus nicht eine Ausübung des Parochialrechts enthalten ist, so konnte der Bischof dadurch den Besitz desselben auch nicht erworben haben.

2) Eine andere Ausnahme soll dann vorhanden sein [1]), wenn die einzelne Besitzhandlung von einem Mächtigern ausgeübt worden, weil hier angenommen werden müsse, daß derjenige, welcher einem solchen Dienste und Abgaben geleistet, dieses gezwungen gethan habe. Will man eine solche Vermuthung gelten lassen, für welche übrigens durchaus kein Grund vorhanden ist, so ist nicht einzusehen, weshalb sie nur bei der ersten Besitzhandlung statthaft sein soll; die Consequenz nöthigt vielmehr zu der Annahme, daß ein jeder derartige Quasibesitz eines Mächtigern (wobei dann auch die Frage zu beantworten ist, wer darunter zu verstehen sei) von vornherein als ein fehlerhafter angesehen werden müsse.

Die Anerkennung des Rechts von Seiten des Dritten, und seine Zusage, die demselben entsprechende Handlung zu ihrer Zeit vornehmen, z. B. die Grundabgabe demnächst am Verfalltage entrichten zu wollen, kann den Erwerb des Besitzes nicht bewirken [2]), weil hierin die zur Begründung des factischen Verhältnisses nothwendige Ausübung des Rechts nicht enthalten ist.

## §. 8.

### Genauere Bestimmung des Factums der Apprehension.

Es fragt sich, ob die Ausübung des Rechts, durch welche der Besitz erworben werden soll, nothwendig auch die wirkliche Vornahme der Handlungen, welche den Inhalt des Rechtes ausmachen, voraussetze. Ein von Chassenäus [3]) angeführtes Beispiel mag den Gegenstand dieser Frage genauer bezeichnen. Ein Zins-

1) *de Lyncker*, cons. resp. 113. n. 87.
2) Roßhirt, a. a. O. S. 70. 71.
3 Ad consuet. Burgund. rubr. XI. §. 1. verb. amende.

Digitized by Google

pflichtiger hatte den Zins nicht wirklich geleistet, sondern auf eine Schuld des Zinsberechtigten mit demselben abgerechnet. Chassenäus ist mit Recht der Ansicht, daß von dem Moment der Abrechnung an der Besitz des Zinsrechtes erworben sei. Hiergegen läßt sich nicht einwenden, daß die Abrechnung freilich rechtlich die Wirkungen der Leistung selbst habe, allein es könne doch die Abrechnung die Stelle der Leistung in dem Falle nicht vertreten, wo dieselbe eben deshalb geschehen müsse, um ein factisches Verhältniß, wie es zur Erlangung des Besitzes nöthig sei, zu begründen; denn die Abrechnung ist nur möglich unter der Voraussetzung, daß der Pflichtige das Recht des Andern anerkennt, welches daher in der That durch die Abrechnung ausgeübt wird. Eher könnte es zweifelhaft scheinen, ob der Besitz auch dann erworben werde, wenn dem Pflichtigen, der sich bereit erklärte, die Leistung vorzunehmen, dieselbe von dem angeblich Berechtigten erlassen wurde; denn die Erklärung desselben, sein Recht nicht ausüben zu wollen, kann doch als eine Ausübung desselben nicht angesehen werden. Dennoch wird man aber auch in diesem Falle den Besitz als erworben annehmen müssen. Es wird daher nöthig, den Begriff des corpus noch näher zu bestimmen.

Der Besitz derjenigen Rechte, deren Ausübung durch eine Handlung des Berechtigten und eine dieser entsprechende Handlung des Dritten geschieht, ist erst dann erworben, wenn diese beiden Handlungen wirklich vorgenommen sind. Der Besitz des Patronatrechts z. B. ist daher erst dann erworben, wenn dem vom Patron präsentirten Candidaten die Pfründe, zu welcher er präsentirt war, verliehen ist; auf gleiche Weise kann der Besitz der Gerichtsbarkeit nur durch wirkliche Vornahme von Jurisdictionshandlungen erworben werden, z. B. durch Erlassung einer Ladung, welcher der Geladene auch Folge leistet. Die unberücksichtigt gebliebene Präsentation oder die nicht befolgte Ladung kann den Besitz nicht verschaffen, da in dieser Handlung des Berechtigten nicht die Ausübung des Rechtes selbst, sondern nur ein Versuch dazu enthalten ist.

Bei denjenigen Rechten dagegen, welche die von einem Dritten zu beschaffende auf Grund und Boden radicirte Leistung zum Gegenstande haben, kann man die wirkliche Annahme der Leistung zur Erwerbung des Besitzes nicht für nothwendig halten. Die

Digitized by Google

Regel nämlich, daß der Beſitz körperlicher Sachen nicht nur durch das wirkliche Ergreifen derſelben oder das Betreten des Grundſtücks, ſondern auch dann ſchon erworben wird, wenn die phyſiſche Möglichkeit vorhanden iſt, dieſes unmittelbare Verhältniß zur Sache herzuſtellen, findet bei Rechten dieſer Art vollſtändige Anwendung; daher iſt die wirkliche Vornahme der Leiſtung von Seiten des Beſitzers der belaſteten Sache und Annahme derſelben von Seiten des Berechtigten zur Erwerbung des Beſitzes nicht erforderlich; es genügt, wenn es von dem Willen des letzten abhängt, dieſe unmittelbare Ausübung des Rechts vorzunehmen. Das corpus iſt daher vollſtändig vorhanden, wenn der Beſitzer des belaſteten Grundſtücks ſich bereit erklärt, die Leiſtung alsbald zu beſchaffen, obwohl dieſelbe nach dem Willen des Berechtigten unterbleibt*).

Der Beſitz des Rechts gilt nur in dem Umfange für erworben,

---

*) Die in dem ältern deutſchen Recht übliche ſymbol. Tradition hatte die Wirkung, das Recht, welches auf den Empfänger übergehen ſollte, zu übertragen; die Erwerbung des Beſitzes konnte aber nur durch eine ſolche Handlung, in welcher ſich die Ausübung des Rechtes kund gab, vermittelt werden. (Beſeler, Erbvert. T. 1. S. 28 f.) Noch weniger konnte daher, als ſpäter die Anwendung der Symbole ſeltener wurde, durch Uebergabe der über die vollzogene Auflaſſung aufgeſetzten Urkunde eine Uebertragung des Beſitzes bewirkt werden. Ich erwähne dieſes nur deshalb, um einem aus den Worten älterer Urkunden leicht abzuleitenden Irrthum vorzubeugen; z. B. in einer Urk. v. J. 1472 (*de Ludewig*, reliq. manusc. t. 5. n. 143. p. 210) heißt es: Ich – bekenne — dass ich — verkoufft habe – dem Herrn E — drie — guede Jerlicher tzinsse an vnd vss mynem husse — vnd ich habe sie (die Käufer) sulcher tzinsse in eine gerugliche nützliche vnd habende *geweher* geſetz vnd setten sie auch dar *in crafft dieses briues*. (Vergl. ib. n. 129. p. 179. a. 1473; n. 140. p. 203. a. 1422; n. 142. p. 208. a. 1472; n. 144. p. 213. ej. a.; t. 1. n. 328. p. 489. a. 1502); unter Gewer iſt hier aber das Recht ſelbſt verſtanden. Dagegen findet ſich in einer Urk. v. J. 1267 (*Schoepflin*, Als. dipl. t. 1. n. 645. p. 459. „Nos — assignamus et presenti scripto damus redditus valentes annuatim vigiuti marcas — priori et fratribus in L — in dotem ecclesie sue – videlicet decem marcas infra bannum ville de L. et quinque marcas in banno ville de M. ac quinque marcas in banno ville de O. Tradentes eisdem fratribus per *presens instrumentum corporalem possessionem* omnium predictorum“) die Anſicht, daß der Beſitz des Rechts durch Uebergabe der ſich darauf beziehenden Urkunde erworben werden könne.

Digitized by Google

in welchem die Ausübung bisher geschehen ist; wer z. B. das Recht zu haben behauptet auf eine jährliche Realabgabe von 10, aber bisher nur 5 empfangen hat, hat auch nur in diesem Umfange den Besitz erworben*). Eben so bei Diensten, ohne Rücksicht auf den Umfang des in Anspruch genommenen Rechts; so pflegt z. B. das Maß der Dienste, welche als Baufrohnden geleistet werden, nicht auf eine gewisse Anzahl von Tagen beschränkt zu sein, die Dienste müssen vielmehr so lange geleistet werden, bis das wirthschaftliche Gebäude vollendet ist. Wenn daher bei den zuletzt erbauten kleinern Gebäuden nur wenige Wochen die Dienste geleistet sind, und die Pflichtigen dieselben auch nur in diesem Umfange bei einem größern Baue leisten wollen, so fragt es sich, ob der Bauherr den Besitz ungemessener Baufrohnden durch die vorhergehenden Leistungen erworben habe. Ich glaube diese Frage verneinen zu müssen, da nach der factischen Natur des Besitzes ein Erwerb desselben nur in dem Umfange, in welchem er ausgeübt ist, angenommen werden kann, indem für diesen Erwerb an sich das angeblich oder wirklich zuständige Recht ganz gleichgiltig ist. In der Annahme der kleinsten Prästation zeigt sich eine volle Ausübung des Rechts, da für das Maß der Leistungen, welche Gegenstand desselben sein können, keine allgemeine Regel besteht, und es ist daher auch kein Grund vorhanden, den Besitz über die Grenzen der bisherigen Ausübung hinaus als erworben anzusehen.

Mehrere der hierher gehörenden Rechte, deren Ausübung einen Quasibesitz begründet, enthalten verschiedene einzelne Befugnisse, so daß die Ausübung dieser Rechte in verschiedenen Formen geschehen kann. Es entsteht daher die Frage, ob, wenn das Recht nur in einer Beziehung ausgeübt ist, der Besitz des Rechts im Ganzen dadurch erworben werde. Die Beantwortung muß nach der verschiedenen Natur dieser Rechte verschieden ausfallen. Bei denjenigen Rechten nämlich, die in so fern untheilbar sind, als die einzelnen darin enthaltenen Befugnisse als nothwendige Ausflüsse des Rechts im Ganzen anzusehen sind, die für sich allein als selbstständige Rechte niemals vorkommen können, muß die Ausübung einer solchen einzelnen Befugniß den Erwerb des ganzen Rechts zur Folge haben, weil die Vornahme der einzelnen Handlung wegen ihrer

*) *Post.* l. c. obs. 73. n. 169. *Gratiani* disceptat. forens. c. 626. n. 1.

Digitized by Google

nothwendigen Beziehung auf das ganze Recht nur als deſſen Ausübung aufgefaßt werden kann. Wer z. B. den Beſitz der Gerichtsbarkeit erwerben will, braucht nicht alle Handlungen vorzunehmen, durch welche möglicher Weiſe eine Ausübung derſelben geſchehen kann, ſondern es genügt eine einzelne Jurisdictionshandlung, etwa das Erlaſſen einer von dem Geladenen befolgten Citation [1]). Es folgt dieſes aber nicht, wie mehrere Juriſten [2]) annehmen, daraus, daß bei Rechten dieſer Art der Grund der Ausübung derſelben ein allgemeiner ſei, und es daher mehr auf dieſen Grund der Ausübung als auf den einzelnen Act derſelben ankomme. Wenn dagegen ein Recht mehrere einzelne Befugniſſe enthält, die zum Begriffe deſſelben nicht nothwendig gehören, ſo kann ein Erwerb des Beſitzes (ungeachtet des allgemeinen Titels) nur ſo weit angenommen werden, als das Recht wirklich ausgeübt iſt; aus dem Beſitz eines ſolchen Rechts in einer Beziehung folgt daher nicht der Beſitz des ganzen Rechts. Das Patronatrecht z. B. enthält mehrere einzelne Befugniſſe, die häufig damit verbunden zu ſein pflegen, die aber unbeſchadet des Begriffes deſſelben davon getrennt werden können; die Ausübung einzelner dieſer Befugniſſe kann daher den Erwerb des Beſitzes der übrigen nicht zur Folge haben; aus dem bisher ausgeübten Präſentationsrecht kann man daher z. B. nicht den Erwerb des Beſitzes des dem Patron häufig zuſtehenden Rechts, im Kirchengebet erwähnt zu werden, ableiten. Sind daher unter dem Gattungsbegriff des Rechts verſchiedene Arten deſſelben enthalten, die als ſelbſtſtändige Rechte vorkommen, ſo kann noch viel weniger der Erwerb des Beſitzes einer Art den der andern nach ſich ziehen; demnach kann von dem Beſitz der Civiljurisdiction kein Schluß auf den der Criminaljurisdiction, und umgekehrt, gemacht werden.

Das verſteht ſich übrigens von ſelbſt, daß der Beſitz ſich nicht auf die Vorausſetzungen beſchränkt, unter welchen derſelbe bisher ausgeübt iſt, ſondern ſich auch auf andere erſtreckt, unter denen eine gleiche Ausübung möglich iſt. Daher findet z. B. Schutz im Beſitz des Präſentationsrechts Statt bei Erledigung der Stelle durch Re-

1) *Tiraquell.* de jure primogen. 9 39. n. 2. (in opp. t. 1.); de retr. lign. §. 36. gl. 3. n. 12. (in opp. t. 4.). — *Berger*, suppl. ad elect. disc. for. p. 2. tit. 5. c. 22. elect. proc. poss. c. 19.

2) *Post.* l. c. obs. 73. n. 130 sq. *Gratian.* l. c. c. 425. n. 19.

Digitized by Google

signation, wenngleich bisher nur solche Fälle der Ausübung vorgekommen sind, wo die Pfarrei durch den Tod des Inhabers vacant geworden war [1]).

Wenn ferner das Recht sich extensiv weiter erstreckt, als dessen bisherige Ausübung, so ist der Besitz gleichfalls nur so weit erworben, als er bisher ausgeübt wurde. Die ältern Juristen [2]) sind auch hier der Ansicht, daß der Besitz in einem weitern Umfange erworben werde, wenn das Recht auf einem allgemeinen Titel beruhe; der Pfarrer erwerbe daher den Besitz des auf dem Parochialrecht beruhenden, von einem Andern nicht besessenen Zehntrechts innerhalb der ganzen Parochie, wenn er es auch nur auf einzelnen Grundstücken ausgeübt habe. Ja, dieser Besitz des universellen Zehntrechts wird so weit ausgedehnt, daß er den bisher noch gar nicht gezogenen Novalzehnten umfassen soll [3]). Allein auf die Allgemeinheit des Titels kann es deshalb nicht ankommen, weil es sich um die Begründung eines bestimmt begrenzten factischen Verhältnisses handelt. Das römische Recht, dessen Analogie hier vollständig paßt, bestimmt, daß der Erbe, welcher einzelne Erbschaftssachen in Besitz nimmt, dadurch noch nicht den Besitz aller andern erworben habe, und dennoch ist sein Titel ein allgemeiner, alle Erbschaftsachen umfassender. Der Besitz des Zehntrechts auf jedem einzelnen innerhalb der Parochie liegenden Grundstück ist ein selbstständiger, dessen Erwerb und Verlust daher ohne Einfluß ist auf den Besitz des Zehntrechts auf den übrigen Grundstücken. Dasselbe gilt von andern Reallasten, auf welche das Recht sich über einen ganzen Distrikt erstreckt, wie dieselben als Ueberbleibsel der Vogtei auch jetzt noch öfters vorkommen; wer daher z. B. von einzelnen Grundbesitzern eine Rauchhuhn erhalten hat, hat dadurch den Besitz den übrigen gegenüber, welche die Abgabe bisher nicht entrichtet haben, nicht erworben [4]). Die von vielen Juristen [5]) für den

1) *Post.* l. c. obs. 73. n. 144.

2) *Post.* l. c. obs. 73. n. 154. seqq. ibiq. cit. *van Espen*, jus eccl. univ. t. 2. p. 826. (ed. Colon.)

3) *Post.* l. c. n. 85. *van Espen*, l. c.

4) *Kind*, quaest. for. t. 2. c. 3. (ed. 2.)

5) *Berger*, elect. proc. poss. c. 20. suppl. ad elect. disc. for. p. 2. tit. 5. c. 11. Strube, rechtl. Bed. Th. 4. N. 186; Th. 5. N. 16. *de Cramer*, obs. jur. univ. t. 3. obs. 963.

Fall gemachte Ausnahme, daß nämlich der Besitz auch den Uebrigen gegenüber dann erworben werde, wenn das Recht gegen den Einzelnen nicht als solchen, sondern als Bewohner des Districts ausgeübt worden und dieses den Uebrigen zur Kenntniß gekommen sei, läßt sich nicht rechtfertigen.

Die äußere Handlung, durch welche sich die Ausübung des Rechtes kund gibt, bedarf aber noch einer nähern Bestimmung, indem das einfache Factum der Ausübung den Begriff des corpus nicht erschöpft. Es ist nämlich außerdem nöthig, daß die von dem Dritten vorgenommene Handlung in der Absicht geschehen sei, dem wahren oder angeblichen Rechte des Andern dadurch Genüge zu leisten. Die Entrichtung von Reallasten muß also in der Absicht unternommen sein, die auf dem Grundstück ruhende Last dadurch abzuführen. Die Nothwendigkeit dieser Gesinnung ist mit Roßhirt[1]) aber nicht daraus abzuleiten, daß bei den Reallasten „der Gegenstand des Rechts in einem Thun von der einen Seite und in einem Entgegenkommen von der andern nach der Natur der Obligationen besteht, und also deshalb auch die Gesinnung in zweien Personen sich äußern muß" [2]), da zwischen dem Besitzer des belasteten Grundstücks und dem Empfänger ein obligatorischer Nexus nicht besteht[3]), und auch, wenn ein solcher vorhanden wäre, die Leistung gerade in der Absicht geschieht, um denselben aufzulösen. Die Nothwendigkeit jener Gesinnung läßt sich aber auf einem andern Wege nachweisen. Die Annahme einer Leistung kann nämlich nicht an sich, sondern nur dann die Rechte des Besitzes begründen, wenn darin die Ausübung eines dinglichen Rechtes enthalten ist. Die Absicht des Besitzers des belasteten Grundstücks, durch die Leistung eine auf demselben haftende Last abzuführen, ist daher deshalb nothwendig, weil eben hierdurch die Leistung ihre Beziehung auf das Grundstück erhält, durch welche die Annahme den Charakter der Ausübung eines dinglichen Rechtes annimmt[4]).

---

1) A. a. O. S. 71 f.

2) L. 3. D. de obl. et act. (44. 7.) — non satis autem est, dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur.

3) Meine Reall. §. 16.

4) Daf. S. 99. 100.

Digitized by Google

## §. 9.

### Ueber den animus.

Das zweite Erforderniß zur Erwerbung des Besitzes, der *animus*, ist bei dem Quasibesitz eben so, wie bei dem Besitze körperlicher Sachen zu bestimmen; die Handlung, in welcher sich die Ausübung des Rechts ausspricht, muß daher von dem Berechtigten in der Absicht vorgenommen werden, um ein ihm zustehendes Recht dadurch auszuüben [1]). Wer daher die ihm geleisteten Realabgaben annimmt in der Meinung, daß ihm damit ein Geschenk gemacht werden solle, hat den Besitz des Zinsrechtes eben so wenig erworben, als derjenige den Besitz des Patronatrechts, welcher dem Collator einer Pfründe einen Candidaten präsentirt in der Absicht, dessen Beförderung zum Amt als einen Freundschaftsdienst ansehen zu wollen [2]).

## §. 10.

### Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter.

Daß der Besitz durch einen Dritten, selbst durch den, welcher denselben bisher in eigenem Namen ausübte, erworben werden kann, bringt die Analogie des Besitzerwerbes an körperlichen Sachen mit sich. Wenn der bisherige Besitzer sein Zehntrecht verkauft, und dann dasselbe von dem Käufer wieder pachtet, so erwirbt dieser den Besitz, wenn der Pachter das Zehntrecht ausübt. Es liegt auch gar nichts Auffallendes darin, daß der Besitz durch den Pflichtigen selbst erworben werde. Es behauptet z. B. Jemand dem Besitzer eines Grundstücks gegenüber, daß ihm ein Recht auf gewisse Dienste und Abgaben daran zustehe, der Besitzer bestreitet dieses Recht nicht, kommt vielmehr mit Jenem überein, das Recht von ihm zu pachten, so erlangt der Verpachter zu der Zeit, wo die Leistung fällig wird, den Besitz des in Anspruch genommenen Rechts. Freilich könnte es scheinen, daß der Verpachter in diesem Falle deshalb den Besitz des Rechts nicht erwerben könne, weil, da der Pflichtige nicht an sich selbst leiste, eine Ausübung des Rechts gar nicht vorkäme; allein gerade in dieser Unterlassung, zu welcher der

1) *Menoch*, de arbitr. jud. quaest. cas. 160. Roßhirt, a. a. O. S. 69.
2) *Innocent.* IV. comm. ad c. 3. de causa poss. et propr. (2. 12.) n. 5.



Digitized by Google

Pachter durch den Pachtcontract berechtigt ist, zeigt sich die Ausübung. Hierher gehört auch der von Roßhirt[1]) angeführte Fall, wo der Zehntberechtigte sein Recht, den Zehnten rauh zu ziehen, ausüben wollte, und zu diesem Zweck das Recht den Zehntpflichtigen selbst verpachtete; der Zehntberechtigte hatte auf diese Weise den Besitz des Naturalzehnten erworben, wenngleich vor der Verpachtung desselben von den Pflichtigen ein Surrogat (Sackzehnte) entrichtet war; denn indem dieselben von dem Berechtigten den Naturalzehnten pachteten, gaben sie den Besitz der Freiheit von diesem Zehnten eben so auf, wie der Verpachter seinen bisherigen Besitz des Sackzehnten.

## §. 11.

### Erwerb des Besitzes eines Bannrechts.

Die von der Natur der bisher erwähnten Rechte ganz verschiedene Natur der Bannrechte, macht eine besondere Erwähnung derselben nothwendig. Das Bannrecht gibt nämlich nicht die Befugniß, von dem Dritten die Vornahme bestimmter Handlungen jedenfalls zu verlangen, sondern enthält nur ein durch ein Verbot zu realisirendes hypothetisches Zwangsrecht. Wer z. B. eine Bannmühle hat, kann von den Bewohnern des dem Banne unterworfenen Bezirks nicht verlangen, daß sie bei ihm mahlen lassen, sondern er kann ihnen nur verbieten, dieses bei einem Andern zu thun, weshalb die Bannpflichtigen nur unter der Voraussetzung, daß sie überhaupt mahlen lassen wollen, die Bannmühle besuchen müssen[2]). Mit Recht ist von jeher angenommen, daß auch die Ausübung dieser Rechte, als auf Grund und Boden radicirten, einen zu schützenden Quasibesitz begründe, und die gegen diese Ansicht von Heerwart[3]) aus dem Standpunkte des römischen Rechtes vorgebrachten Gründe dringen deshalb nicht durch, weil dasselbe hier die Entscheidungsnorm nicht abgeben kann.

Daß der Umstand allein, daß man bisher gewisse Lebensbedürfnisse bei einem Dritten angekauft oder bei demselben sich hat zubereiten lassen, keinen Besitz des Bannrechts begründet, wird allge-

1) A. a. O. S. 73.
2) Heerwart in der §. 1. citirt. Abhandl. S. 289.
3) A. a. O. S. 299.

Digitized by Google

mein zugegeben[1]); es ist vielmehr nöthig, daß diejenigen, die dieses bei einem Andern thun wollen, sich bei dem dieserhalb von dem Berechtigten an sie ergangenen Verbot beruhigt haben. Heerwart[2]) tadelt ganz mit Recht die Unbestimmtheit, mit welcher die Juristen von dieser Beruhigung sprechen, ohne anzugeben, worin dieselbe zu erkennen sei. Um die Frage zu vereinfachen, ist Folgendes als unbestritten auszuscheiden: Wenn z. B. ein Müller ein über einen gewissen Bezirk sich erstreckendes Bannrecht zu haben behauptet, den Eingesessenen das Besuchen einer andern Mühle untersagt, und diese dem Verbot in der Art Folge leisten, daß sie bei jenem wirklich mahlen lassen, so erwirbt derselbe unbezweifelt den Besitz des Mühlenzwangs[3]). Der von Heerwart a. a. O. gemachte Einwand, daß derjenige, an welchen das Verbot ergangen, nicht sowohl um diesem zu genügen, sondern aus andern Gründen die Mühle besucht haben könne, z. B. weil sie ihm näher liege, besseres Mehl liefere u. s. w., ohne darum doch die Absicht zu haben, sie auch dann besuchen zu wollen, wenn diese Umstände sich ändern, ist deshalb ganz irrelevant, weil die Wirkung des auf vorausgegangenes Verbot erfolgten Besuches der Mühle durch eine solche Mentalreservation nicht abgewendet werden kann; dieses kann nur durch eine offene Protestation geschehen, also durch die Erklärung, daß man die Mühle nicht in der Absicht besuche, das angebliche Bannrecht dadurch anzuerkennen.

Zweifelhaft dagegen ist, ob der Besitz des Bannrechts auch dann erworben sei, wenn diejenigen, an welche das Verbot ergangen, weder eine andere Mühle, noch die des Verbietenden besucht, sondern sich das Mehl oder das Brod gekauft haben. Heerwart[4]) erklärt sich mit Recht gegen die Behauptung Leyser's (a. a. O.) „Sed et ante biduum facta prohibitio, si prohibitus adquievit, id operatur, ut prohibens in possessione constitutus saltem, quamdiu judicio possessorio contenditur, victoriam reportet," denn

1) Mart. *Müller* (pr. Pet. Müller), diss. de molend. in genere et in spec. potissimum de bannariis sect. 3. c. 9. *Leyser*, sp. 462. med. 3. 4. 5. *Rave*, doct. de praesc. §. 84 seqq.

2) A. a. O. S. 299.

3) *de Cramer*, obs. jur. univ. t. 2. obs. 772. *Kind*, quaest. for. t. 4. c. 64. (ed. 2.)

4) A. a. O. S. 300.

Digitized by Google

das Unterlassen des Besuchens einer Mühle überhaupt steht mit dem Verbot in keiner solchen Beziehung, daß man annehmen müßte, daß jenes in diesem seinen Grund habe. Das Verbot ist in diesem Falle eine ganz gleichgiltige Handlung, und es ist daher auch gar nicht nöthig, daß diejenigen, gegen welche dasselbe gerichtet ist, eine Protestation einlegen müßten, um sich im Besitze der Freiheit zu erhalten. Die hier vollständig passende Analogie der negativen Servituten bringt dieses mit sich. Ich erwerbe z. B. den Besitz der servitus altius non tollendi dadurch noch nicht, daß ich meinem Nachbar verbiete höher zu bauen, und dieser sich bei dem Verbot beruhigt, sondern nur dann, wenn derselbe wirklich den Anfang machte höher zu bauen, dann aber auf mein Verbot davon abstand [1]). Nach dieser Analogie scheint man aber behaupten zu müssen, daß der Besitz des Mühlenbannes wenigstens dann erworben sei, wenn denjenigen, welche bisher eine andere Mühle besucht hatten, dieses verboten und sie sich dabei beruhigt haben. Allein ob in dem Verbote selbst in diesem Falle ein hinreichendes Apprehensionsfactum liege, und dasselbe daher zur Erwerbung des Besitzes hinreichend sei, hängt davon ab, aus welchem Gesichtspunkt man die Natur des Bannrechts betrachtet. Daß ein Bannrecht kein absolutes jus cogendi gibt, ist allgemein anerkannt; aber es fragt sich weiter, ob dasselbe nur ein einfaches jus prohibendi in sich begreife, wie die negativen Servituten; ist dieses der Fall, so ist es auch nicht zu bezweifeln, daß die Durchsetzung des Verbots in der angegebenen Weise die volle Ausübung des Rechts enthalte, und daher auch den Erwerb des Besitzes zur Folge haben müsse. Während nun die gemeine Ansicht die ist, daß in dem Bannrecht ein wahres jus cogendi liege [2]), heben einige Juristen, wahrscheinlich um dem Mißverständniß vorzubeugen, daß das Bannrecht die Befugniß gebe, die Anschaffung der fraglichen Lebensbedürfnisse jedenfalls zu verlangen, die hypothetische Natur dieses Zwanges dadurch ganz be-

1) v. Savigny, bes. S. 602.

2) *Beyer*, delin. jur. Germ. lib. 2. c. 7. §. 25; *Heineccius*, elem. jur. Germ. t. 1. lib. 2. tit. 5. §. 138; *Schmidt*, pricip. jur. Germ. lib. 2. tit. 26. §. 4; *de Selchow*, elem. jur. Germ. §. 567 seqq.; *Eisenhardt*, institut. jur. Germ. lib. 2. tit. 6. §. 5; *Pütter*, elem. jur. Germ. §. 637; *Goede*, jus Germ. §. 181; Runde, teut. P.-R. §. 278; Krüll, teut. P.-R. §. 194; Reyscher, württ. P.-R. Th. 1. §. 251.

Digitized by Google

sonders hervor, daß sie als Inhalt des Bannrechts ein bloßes Verbietungsrecht angeben[1]), und Eichhorn[2]) sagt geradezu: „das Charakteristische der Bannrechte ist die Befugniß, einen Andern wegen des Besitzes einer Sache, eines Subjectionsverhältnisses oder Incolats in dem Gebrauch seiner natürlichen Freiheit zu handeln zu beschränken, besonders ihm die Anschaffung oder Zubereitung eines Bedürfnisses bei einem Andern als dem Berechtigten zu untersagen.“ Maurenbrecher[3]) verbindet beide Ansichten: „Jedes Zwangs- und Bannrecht enthält die beiden Stücke: 1) ein Verbietungsrecht, was die natürliche Gewerbefreiheit des Bannpflichtigen beschränkt, und 2) einen positiven Zwang, wodurch der Verpflichtete zur Abnahme der Bannproducte des Berechtigten genöthigt wird.“ In dem Bannrecht liegt jedoch nicht blos ein einfaches Verbietungsrecht. Bei den negativen Servituten wird durch die Realisirung des Verbotes allein dem herrschenden Grundstück immer ein Vortheil gewährt, nicht so bei den Bannrechten. Durch das, wenngleich durchgesetzte Verbot, z. B. in einer andern Mühle nicht zu mahlen, wird dem Berechtigten kein Nutzen gebracht, sondern nur den andern Müllern, welche nun nicht besucht werden, durch Entziehung des Mahlgeldes geschadet. Wollte man also bei den Bannrechten das Verbietungsrecht als das Charakteristische ansehen, so hätten wir in ihnen ein sonst ganz beispielloses Rechtsinstitut, welches, ohne den mindesten Vortheil für den Berechtigten, lediglich den Nachtheil eines Andern bezweckte. Das reine Verbietungsrecht kann daher das Wesen der Bannrechte nicht ausmachen. Die Einführung derselben läßt darüber keinen Zweifel, daß dadurch zunächst dem Berechtigten, wie dieses der Zweck eines jeden Rechts ist, ein Vortheil zugewendet werden sollte, indem nur bei ihm die dem Bann unterworfenen Personen sich die Befriedigung gewisser Lebensbedürfnisse verschaffen durften. Ein directer Zwang ist hierbei aber unmöglich. (Wie, wenn die Bewohner eines vom Bierzwang bestrickten Districts gezwungen sein sollten, täglich eine gewisse Quantität Bier bei dem Berechtigten zu kaufen?) Das Bannrecht kann daher nur durch einen indirecten Zwang ausgeübt werden, indem es den

1) Glück, Comm. Th. 10, S. 8. Mittermaier, deut. P.-R. §. 175 a.
2) Deut. P.-R. §. 185.
3) Deut. P.-R. §. 183, 184.

Digitized by Google

Pflichtigen untersagt ist, anderswo die Lebensbedürfnisse sich anzuschaffen. Das Verbietungsrecht braucht man aber deshalb nicht als einen eigenen Bestandtheil des Bannrechts, wie Maurenbrecher thut, anzusehen; jenes folgt nämlich aus der eigenthümlichen Natur dieses. Ganz ähnlich verhält es sich mit dem Vorkaufsrecht, welches dem Berechtigten die Befugniß gibt, von dem Verpflichteten zu verlangen, falls dieser die fragliche Sache verkaufen will, sie ihm vorher anzubieten. Es wird aber Niemand daran denken, die hieraus hervorgehende Befugniß des Berechtigten, vor diesem Angebot den Verkauf der Sache an einen Andern zu untersagen, als einen besondern Bestandtheil des Vorkaufsrechts hervorzuheben. Der Vortheil des Bannberechtigten ist nicht ein blos zufälliger, da der Verbrauch der Lebensbedürfnisse, welche bei demselben angeschafft werden müssen, von den Bewohnern des Bannbezirks niemals gänzlich vermieden werden kann, und dieselben sich nur selten in der Lage befinden, sich selbst dieselben zubereiten zu können. Wenn es aber richtig ist, daß die Bannrechte zunächst den Vortheil des Berechtigten bezwecken, so kann die eigentliche Ausübung derselben auch nur in der Vornahme der Handlungen bestehen, durch welche die Erreichung dieses Vortheils möglich wird, also darin, daß die fraglichen Lebensbedürfnisse bei dem Berechtigten wirklich angeschafft oder zubereitet werden; das bloße, wenngleich befolgte Verbot kann daher den Besitz des Bannrechts nicht geben. Die ältern Juristen sind auch weit entfernt, dem Verbote diese Wirkung allgemein beizulegen; diejenigen, welche sich genauer auf diese Frage eingelassen, haben außer dem Verbote z. B. eine andere Mühle zu besuchen, noch einen andern Umstand im Hintergrunde, welcher der Beruhigung derjenigen, an welche das Verbot ergangen ist, einen ganz andern Charakter zu geben scheint. In dem von Strube[1]) erzählten Falle war gegen diejenigen, welche eine andere Mühle besuchten, von dem Amte (welches die Gerechtsame der herrschaftlichen Bannmühle wahrzunehmen hatte) eine Strafe erkannt worden, und in dem Falle bei von Cramer[2]) hatte der Bannmüller dieselben gepfändet. Allein selbst diese Handlungen können, wie ich glaube, den Besitz des Bannrechts nicht verschaffen; denn jenes Er-

1) Rechtl. Bed. Th. 4, N. 186.
2) Obs. jur. univ. t. 3. obs. 963.

kenntniß, wenn man es auch als ein auf ein verhandeltes Possesso-rium ergangenes ansehen wollte, kann den Besitz nicht geben, weil dieser durch ein richterliches Urtheil niemals erlangt wird; und eben so wenig kann der Besitz durch eine solche Pfändung erworben werden, da in ihr keine Ausübung des Rechtes selbst enthalten ist.

In Urkunden und Gesetzen wird das Wesen des Bannrechts in der Regel darin gesetzt, daß die Gebannten bei dem Berechtigten die fraglichen Lebensbedürfnisse anschaffen oder zubereiten lassen müssen.

Urk. v. J. 1225. (*Carpentier*, glossar. novum v. molendinare.)

Dicti tenentes praedictarum masurarum (Hofstätten) *ad molendinum nostrum tenerentur molendinare.*

Urk. v. J. 1258. (*du Fresne*, gloss. v. secta moutae.)

Cum lis et controversia moveretur inter me — et omnes homines illos de parochia de R. — a quibus petebam sectam moutae (Besuch der Mühle), sicut bannarii molendini mei de E. Tandem — pax et concordia facta fuit inter nos — in hunc modum, quod — ipsi *tenerentur de caetero frequentare dictum molendinum*, sicut bannarii.

Urk. v. J. 1369. (*de Ludewig*, ret. manusc. t. 5. n. 74. p. 100.)

Nos Joannes dei gratia prepositus — recognoscimus in his scriptis, quod nos omnem dissensionis et controversie materiam inter — G. prepositum Novi operis ex una et commendatorem domus sancte Konegundis prope Hallis parte ex altera subortam amicabiliter sedavimus in hunc modum, quod commendator dicte domus, qui pro tempore fuerit *in molendino G. de cetero molere debebit.*

Fürstl. sächs. Landesord. v. J. 1653. P. 2. C. 3. Tit. 46.

Alle Mahl-Gäste, die über Rechts-verwährete Zeit bei einem Müller zu mahlen schuldig und gezwungen, die sollen bei derselben Zwang-Mühle bleiben.

Fürstlich hess. Grebenordnung vom 6. Nov. 1739 (im vierten Theile der Gesetzsammlung), Tit. 38. §. 1.

Sämmtliche Mahl-Gäste, welche in gewisse Mühlen gebannet, müssen sich an solche halten und dörffen anderwärts nicht mahlen.

Digitized by Google

Das in diesem letzten Gesetze ausgesprochene Verbot, eine andere Mühle zu besuchen, ist eine unmittelbare Folge des bestehenden Zwangsrechtes, und wenn hin und wieder nur dieses Verbot erwähnt wird, z. B. in einer Urk. v. J. 1410[1]):

Furni et molendini villarum praedictarum bannales nostri erunt, *ita ut nec coquere nec molendinare alias poterunt*—

so darf man sich dadurch nicht verleiten lassen, hierin das Wesen des Bannrechts zu erblicken.

---

## Dritter Abschnitt.

### Verlust des Quasibesitzes.

### §. 12.

#### Verlust durch animus.

Der Quasibesitz wird wie der Besitz körperlicher Sachen verloren, also entweder mit dem Willen des bisherigen Besitzers, oder wenn das factische Verhältniß aufgehört hat, und nicht wieder willkürlich reproducirt werden kann. Der erste Fall bietet keine Schwierigkeit dar, sofern der Besitzer die bestimmte Absicht hat, den Besitz aufgeben zu wollen. Es ist daher hier nur die Frage zu berühren, ob diese Absicht nicht aus der bloßen Unterlassung der Ausübung gefolgert werden kann. Rücksichtlich des Besitzes eines Grundstücks besteht die gesetzliche Vermuthung, daß der Besitzer den Besitz habe aufgeben wollen, wenn er dasselbe eine Reihe von Jahren („longo tempore") nicht benutzt hat[2]), eine Vermuthung, deren

---

1) *Carpentier*, l. c.

2) L. 37. §. 1. D. de usurp. (41 3.) §. 7. T. de usuc. (2. 6.). von Savigny, Besitz S. 424 ff. Die von Geiger a. a. O. S. 245 f. versuchte Interpretation dieser Stellen, welche nur den Satz enthalten sollen, daß man ohne Gewalt Besitz von einem fremden Gute nehmen könne, welches durch Nachlässigkeit oder Abwesenheit des Eigenthümers leer stehe, keineswegs aber, daß durch Abwesenheit der Besitz verloren worden sei, ist gänzlich verfehlt. Zu den von v. Savigny a. a. O. Note 1, angeführten Gründen kann noch der hinzugefügt werden, daß der

Digitized by Google

Anwendung auf den Quasibesitz nichts im Wege steht. Die Länge der Zeit aber, innerhalb welcher der Besitzer die Ausübung des Rechts unterlassen darf, ohne den Besitz dadurch zu verlieren, läßt sich nach bestimmten Jahren nicht angeben, und es ist ganz willkürlich, wenn die ältern Juristen, wegen der in den angeführten Stellen des römischen Rechts vorkommenden Worte *longo tempore*, einen Verlust des Besitzes sowohl an Grundstücken [1]) als des Rechts auf jährliche Gefälle durch Nichtausübung innerhalb 10 Jahren annehmen [2]). Mit Recht läßt es die Glosse [3]) von dem richterlichen Ermessen abhängen, ob nach den Umständen des einzelnen Falles der Besitz durch Nichtausübung verloren sei. Bei dem Quasibesitz sind daher vornehmlich die Zwischenräume zu berücksichtigen, innerhalb welcher das Recht seiner Natur nach ausgeübt werden kann; indem der Besitz eines jährlich auszuübenden Zehntrechts in einer viel kürzern Zeit durch Nichtausübung als aufgegeben anzusehen ist, als der Besitz der in größern Zwischenräumen zu leistenden Baudienste.

Aus demselben Gesichtspunkte ist auch der Verlust des Besitzes derjenigen Rechte zu betrachten, die als Privilegien einzelner Grundstücke häufig vorkommen, und dem Besitzer derselben die Befugniß geben, gewisse Gewerbsrechte auszuüben. So kommt es z. B. oft vor, daß mit einzelnen Häusern das Recht verbunden ist, nach einer gewissen Reihefolge Bier zu brauen; wer im Besitze dieses Rechts ist, und dasselbe das eine oder andere Mal, wenn ihn die Reihe

---

Fall, wo der Besitzer „longo tempore" abwesend gewesen, dem ganz gleich behandelt wird, wo derselbe ohne Hinterlassung eines Erben gestorben war; mit dem Tode des Besitzers hört aber der Besitz unbezweifelt auf. Eben so wenig enthalten, wie Geiger meint, L. 25. §. 2. D. de acq. vel am. poss. (41. 2.) u. L. 1. §. 25. D. de vi (43. 16.), den Satz, daß durch Ablauf einer langen Zeit, während welcher der Besitzer abwesend ist, der Besitz nicht verloren werde, sondern sagen nur, daß das bloße Verlassen eines Grundstücks, ohne die Absicht, den Besitz aufzugeben, den Verlust desselben nicht zur Folge habe (animo retinetur possessio); wenn aber der Abwesende sich längere Zeit um das Grundstück nicht bekümmert, so ist anzunehmen, daß er den Besitz habe aufgeben wollen.

1) *Post.* l. c. obs. 58. n. 1. *Menoch.* recup. poss. remed. 15. n. 426.

2) *Post.* l. c. n. 7 u. 8. Rotae Rom. decis. a *Postio* coll. d. 86. ibiq. citt.

3) Gl. ad L. 37. cit. verb. *vel longo*; gl. ad §. 7. T. l. c. verb. *propter absentiam*.

Digitized by Google

trifft, nicht ausübt, hat deshalb den Besitz noch nicht verloren, welche Folge aber, wenn die Ausübung längere Zeit unterbleibt, eintreten kann [1]).

Das versteht sich übrigens von selbst, daß die Nichtausübung immer nur dann den Verlust des Besitzes nach sich ziehen kann, wenn sich die Gelegenheit zur Ausübung des Rechts wirklich dargeboten hat; wenn daher z. B. auf dem berechtigten Gute in 30 oder mehreren Jahren nicht gebaut worden ist, so kann von einem Verluste des Besitzes des Rechts auf Baufrohnden nicht die Rede sein.

## §. 13.

### Ueber den Verlust des Quasibesitzes durch Aufhören des factischen Verhältnisses im Allgemeinen.

Das Aufhören des factischen Verhältnisses und die Unmöglichkeit, dasselbe willkürlich zu reproduciren, muß den Verlust des Quasibesitzes gleichfalls zur Folge haben; allein nach der Natur der hierher gehörenden Rechte, bietet die Beantwortung der Frage, wann dieser Fall eingetreten sei, ganz besondere Schwierigkeiten dar. Einen sichern Anhaltspunkt bietet uns hier die Analogie des Verlustes des Besitzes körperlicher Sachen. Der gegen diese analoge Anwendung von Heerwart [2]) vorgebrachte Grund, daß die possessio corporis und die Leistung von Diensten ꝛc. zu verschiedenartig wäre, dringt deshalb nicht durch, da diese Verschiedenheit sich nur in der Form der Ausübung zeigt, aber auf die allgemeinere Frage, wann die Ausübung überhaupt nicht mehr Statt habe, ohne Einfluß ist. Der Besitz einer körperlichen Sache zeigt sich nun in der Möglichkeit, über die ganze Sache unbeschränkt zu verfügen; wenn daher diese Möglichkeit nur nach einer Seite hin entzogen wird, so ist eine Störung des Besitzes, dagegen eine Entziehung desselben erst dann vorhanden, wenn diese Möglichkeit in Bezug auf die ganze Sache ausgeschlossen ist. Dieses auf den Quasibesitz angewendet, so ergibt sich, daß, so lange der Berechtigte noch in irgend einer Beziehung das Recht ausübt, ein Verlust des Besitzes nicht angenommen werden kann. Wenn daher bei Reallasten ein Theil der Lei-

1) *de Lyncker*, cons. seu respon. 65.
2) A. a. O. S. 319.

Digitized by Google

stung verweigert, der andere aber entrichtet wird, oder wenn die Leistung nicht in der bisherigen Weise geschieht, z. B. wenn der Besitzer zehntpflichtiger Ländereien, welcher den Zehnten bisher auf eigne Kosten zu dem Berechtigten brachte, nunmehr verlangt, daß derselbe den Zehnten abhole, so kann hierin nur eine Störung des Besitzes gefunden werden. Auf gleiche Weise ist der Verlust des Besitzes eines solchen Rechtes, welches aus einem Inbegriffe einzelner Befugnisse besteht, nur dann anzunehmen, wenn die Ausübung aller Befugnisse aufgehoben ist. Der Besitz des Patronatrechts ist also dadurch noch nicht verloren, daß der vom Patron präsentirte Candidat ohne Grund[1]) verworfen ist, sofern jener in der Ausübung der übrigen im Patronatrecht liegenden Befugnisse nicht gehindert wird; es ist auch hier nur eine Besitzstörung vorhanden.

Bei solchen Rechten, die sich über einen ganzen District erstrecken, kann ein Verlust des Besitzes nur dann angenommen werden, wenn die Ausübung des Rechts innerhalb des ganzen Districtes gehindert wird. Der Besitz der Jurisdiction ist daher dadurch noch nicht verloren, daß auch ein Anderer in dem derselben unterworfenen Bezirk Jurisdictionshandlungen vornimmt; hierdurch wird nur eine Störung des Besitzes bewirkt[2]); dasselbe gilt, wenn nur einzelne Bewohner dieses Bezirks den Befehlen des Gerichtsherrn keine Folge leisten. Mit diesem Falle ist jedoch der nicht gleich zu behandeln, wenn sämmtliche Grundstücke eines Bezirks einer Reallast, z. B. dem Zehnten unterworfen sind, weil das Zehntrecht in Bezug auf jedes einzelne Grundstück eine selbstständige Ausübung zuläßt und daher jedem einzelnen Besitzer gegenüber rücksichtlich dessen Grundstücks verloren werden kann. Wenn daher der Besitzer eines Grundstücks sich der Ausübung des Zehnten widersetzt, so kann dieses nicht als eine Störung des Besitzes des über die ganze Flur zustehenden Zehntrechts angesehen werden; diese Weigerung bewirkt vielmehr den Verlust des Besitzes des Zehntrechts an dem einzelnen Grundstücke. Aus demselben Grunde hat das Zuwiderhandeln gegen ein über einen ganzen Bezirk sich erstreckendes

1) Wird die Präsentation aus Gründen verworfen, weil z. B. der präsentirte Candidat nicht die gehörige Qualification hat, oder die Präsentationszeit verstrichen ist, so liegt darin keine Besitzstörung.

2) C. 9. X. de probat. (2. 19.) Deput. Abs. v. 1600. §. 41 u. 43.

Digitized by Google

Bannrecht von Seiten Einzelner den Verluſt des Beſitzes nur dieſen gegenüber zur Folge [1]).

## §. 14.

### Verluſt des Beſitzes der der Reallaſt gegenüberſtehenden Berechtigung insbeſondere.

Zu den beſtrittenſten Fragen gehört die, unter welchen Vorausſetzungen der Beſitz der der Reallaſt gegenüberſtehenden Berechtigung verloren werde. Es haben ſich hier drei Meinungen geltend gemacht. Nach der einen ſoll der Beſitz ſchon dadurch verloren werden, daß die Leiſtung zur gehörigen Zeit unterbleibt; nach der andern iſt die Weigerung des Beſitzers des belaſteten Grundſtücks erforderlich, und nach der dritten wird es für nöthig gehalten, daß der bisherige Empfänger der Leiſtung ſich bei der Weigerung beruhigt habe.

Die erſte und dritte dieſer Anſichten dürften ſich aber ſchwerlich rechtfertigen laſſen. Die bloße Unterlaſſung der Leiſtung enthält nämlich nicht eine ſolche Vernichtung des factiſchen Verhältniſſes, wie ſie zum Verluſte des Beſitzes überhaupt nothwendig iſt. So wie der Beſitz einer körperlichen Sache nicht ſchon dadurch verloren wird, daß die unmittelbare Einwirkung auf dieſelbe nicht mehr ſtattfindet, ſondern erſt dann, wenn es unmöglich wird, dieſelbe zu reproduciren [2]), ſo iſt nicht einzuſehen, warum der Beſitz des Rechts auf Realpräſtationen ſchon durch das Unterbleiben der Leiſtung am Verfalltage verloren gehen ſoll, da eine gänzliche Aufhebung des factiſchen Verhältniſſes dadurch noch nicht herbeigeführt wird, welches vielmehr, weil vielleicht der Beſitzer des belaſteten Grundſtücks den Verfalltag nicht beachtet hat, oder Willens iſt, ſobald als möglich die Leiſtung nachzuholen, durch Mahnung vollſtändig wieder hergeſtellt werden kann. Die Unmöglichkeit, daß factiſche Verhältniß wieder zu reproduciren, zeigt ſich erſt dann, wenn der Mahnung ungeachtet die Leiſtung verweigert wird. Wenn man annimmt, daß durch bloße Nichtleiſtung der Beſitz verloren werde, ſo muß man, eine Folgerung, die jedoch Niemand vertheidigen wird, den Verluſt des Beſitzes auch dann eintreten laſſen, wenn der Pflichtige um

1) Vergl. Heerwart, a. a. O. S. 301.
2) v. Savigny, §. 31.

Digitized by Google

Befristung gebeten und dieselbe auch erhalten hat. Die der bloßen Nichtleistung beigelegte Wirkung kann durch das dafür angeführte Reichsgesetz nicht bewiesen werden; denn die Worte des Reichsabschiedes v. J. 1548, §. 63: „Aber die Ausgezogenen, so hiervor einige Anlag nicht erlegt hätten und also in possessione vel quasi libertatis wären," sind nicht von dem bloßen Unterbleiben der Leistung, sondern wie sich aus §. 59, 62 und 64, welche sich in dem Reichsabschiede vom Jahr 1576, §. 103 u. 105, wörtlich wiederfinden, ergibt, von dem Falle zu verstehen, wo die Ausgezogenen niemals innerhalb Menschengedenken einige Anlag entrichtet (dem Reich gesteuert) hatten, wo also auf Seiten des Reichs ein Besitz niemals bestanden hatte.

Martini[1]) findet in der Nichtleistung des Zinses, wenn der Besitzer des belasteten Grundstücks die Zinspflicht anerkennt, aber aus Armuth denselben nicht entrichten zu können vorgibt, eine Besitzstörung, theils weil die vorgeschützte Armuth meistens erdichtet, theils weil dieselbe, wenn sie wirklich vorhanden, in der Regel durch den Zinspflichtigen verschuldet sei. Es ist aber schwer zu begreifen, wie durch diese Gründe die behauptete Besitzstörung dargethan werden kann. Die bloße Nichtleistung ist eine für den Besitz des Rechts ganz irrelevante Handlung.

Damit der Quasibesitz verloren werde, muß zu dem Unterlassen der Leistung die Verweigerung des Besitzers des belasteten Grundstücks hinzukommen, weil sich hierin erst die Unmöglichkeit zeigt, das factische Verhältniß zu reproduciren. So wie durch die Leistung allein der Quasibesitz nicht erworben wird (§. 8. a. E.), sondern nur dann, wenn dieselbe in der Absicht geschieht, das dingliche Recht dadurch anzuerkennen, so kann auch das Unterlassen der Leistung den Verlust desselben nur dann nach sich ziehen, wenn dasselbe in der entgegengesetzten Absicht seinen Grund hat[2]). Diese Weigerung muß aber auch hinreichen, denn da es zum Erwerbe des Quasibesitzes genügt, daß auf Erfordern des Berechtigten die Leistung als eine auf Grund und Boden haftende Last abgeführt wird, so muß der Besitz umgekehrt verloren werden, wenn, der Einforderung ungeachtet, die Leistung verweigert wird. Dieses ist

1) De jure censuum c. 9. n. 31 seqq.

2) *Innocent. IV.* ad c. 24. X. de elect. (1. 6.) n. 3 u. 4.

Digitized by Google

auch die Anſicht des ältern Rechts. Nach dem codex legum Normann. (aus der zweiten Hälfte des 13. Jahrh.), cap. 29, §. 12 [1]) liegt eine Entwerung des Beſitzes des Rentrechts in der Verweigerung der Renten: „dissaisina ſit, cum redditus contratenetur," und eben ſo geſchieht in der oben unter N. XIX. mitgetheilten Urkunde des Widerſpruchs ausdrücklich Erwähnung, eben ſo in einer Decretale Hadrian's [2]): „Pervenit ad nos, quod monachi de B. sanctae Mariae, in parochia cujus commorantur, decimas ex integro non persolvunt, sed eas reddere *contradicunt*." Wenngleich dieſer letzte Satz sed eas etc. bei der Aufnahme dieſer Decretale in das corp. jur. can. als c. 4. X. de decim. (3. 30.) weggelaſſen iſt, ſo iſt dieſes ſicher nicht in der Abſicht geſchehen, den Widerſpruch für nicht nothwendig zu erklären. Der Sammler hielt in dieſem Zuſammenhange den Zuſatz für überflüſſig. In Uebereinſtimmung mit dieſer Anſicht des ältern Rechts haben die Juriſten auch von jeher dieſen Widerſpruch verlangt [3]). Heerwart [4]) meint dagegen, daß nach der Analogie der Wege- und Waſſergerechtigten, — bei denen es, um die Interdicte auszuſchließen, vollkommen hinreiche, daß in der geſetzlichen Zeit die Servitut nicht ausgeübt ſei, ohne daß noch außerdem ein Widerſpruch des Beſitzers des dienenden Grundſtücks verlangt werde, — bei den hier in Frage ſtehenden Rechten, deren Quaſibeſitz ſich von der vera possessio noch weit mehr entferne, als jene Servituten, die Verweigerung der Leiſtung nicht nothwendig ſei. Allein zwiſchen beiden, jenen Servituten und

1) Bei *de Ludewig*, rel. manusc. t. 7. p. 321.

2) Antiquae collect. decret. coll. I. lib. 3. tit. 26. c. 18.

3) *Innocent. IV.* l. c. *Durantis* spec. jur. lib. 4. p. 2. tit. de rest. spol. „Nunc dicamus, quando quis spoliatur in incorporalibus, puta juribus, redditibus et servitiis, quibus potest quis spoliari et per consequens restitui. Propono contra P. rectorem talis ecclesiae quaestionem, cum nomine talis ecclesiae meae essem in possessione vel quasi percipiendi annuam pensionem XVI. den. pap. a praefata ecclesia, ipse pensionem istam mihi subtraxit injuste et eam solvere indebite *contradicit* — quare peto, per vos me reduci in statum illum seu possessionem vel quasi percipiendi." Ib. lib. 4. p. 3. tit. de censibus, und die §. 14 abgedruckte Stelle. *Gaill*, lib. 2. obs. 10 et 75. *Perez* ad cod. lib. 8. tit. 4. n. 3. *Consil. Hall. ICt.* t. 2. lib. 1. cons. 14. n. 6. 7. *de Lyncker*, decis. 616.

4) A. a. O. S. 313.

Digitized by Google

diesen Rechten ist der sehr erhebliche Unterschied, daß dort die Ausübung durch eine Handlung des Berechtigten, hier aber durch eine Handlung des Pflichtigen geschieht. Die Nothwendigkeit des Widerspruchs liegt in der Eigenthümlichkeit des ganzen Verhältnisses.

Nach der Ansicht anderer Juristen reicht aber die Verweigerung der Leistung zum Verluste des Quasibesitzes nicht hin, sie verlangen noch, daß der bisherige Besitzer sich bei der Weigerung beruhigt habe. Diese Ansicht kommt auch schon bei den ältern Juristen vor; allein sie lassen den Verlust, wenn der Besitzer sich 10 oder 20 Jahre bei der Weigerung beruhigt hat, deshalb eintreten, weil ein Aufgeben des Besitzes in diesem Falle zu vermuthen sei, wovon schon im §. 12. die Rede gewesen ist. Diese Ansicht gehört also gar nicht hierher. Andere Juristen haben dagegen diesen Verlust des Besitzes durch freiwilliges Aufgeben nicht vor Augen, verlangen aber gleichfalls, daß sich der Besitzer bei der Verweigerung der Leistung beruhigt habe, weil diese allein nur als Störung angesehen werden könne*). Zur Begründung dieser Ansicht könnte man sich auf die Analogie der negativen Servituten beziehen; indem nämlich dieselben, da bei ihnen der Besitzer des angeblich dienenden Grundstücks etwas nicht thun darf, das gerade Gegentheil von den Reallasten bilden, in deren Folge der Besitzer etwas thun muß, scheint die Art, wie bei jenen der Besitz erworben wird, der Art, wie er bei diesen verloren geht, zu entsprechen. Der Besitz negativer Servituten wird nun dadurch erworben, daß der Besitzer des dienenden Grundstücks eine der angeblichen Servitut widerstreitende Handlung vornimmt, sich dann aber bei dem Widerspruch des angeblich Berechtigten beruhigt. Umgekehrt würde daher, um den Besitz der Realberechtigung zu verlieren, außer dem Fordern von der einen und dem Nichtleisten von der andern Seite nothwendig sein, daß sich der angeblich Berechtigte dabei beruhige. Abgesehen davon, daß es doch wohl natürlicher ist, von den unbestrittenen Bedingungen des Erwerbs der Realberechtigung auf die Voraussetzungen, unter welchen der Verlust derselben eintreten muß, einen Schluß zu machen, läßt sich gegen die obige Argumentation Folgendes einwenden. Eine Beruhi-

*) *Martini*, de jure censuum c. 9. n. 35 seqq. *Hommel*, rhaps. t. 2. obs. 422. *Biener*, syst. proces. jud. t. 2. §. 265. n. 5. (Ausg. von 1835.) Roßhirt a. a. O. S. 72.



Digitized by Google

gung von Seiten des bisherigen Besitzers kann deshalb nicht verlangt werden, weil durch das Verweigern der Leistung das ganze factische Verhältniß zerstört wird, während das zur Erwerbung des Besitzes der negativen Servitut erforderliche Apprehensionsfactum nicht schon durch das bloße Unterlassen, sondern dadurch begründet wird, daß dieses an sich ganz gleichgiltige Unterlassen als Folge eines dem Gegner (wirklich oder angeblich) zustehenden und wirksam geltend gemachten Verbietungsrechts erscheint, d. h. daß sich der Besitzer des dienenden Grundstücks bei dem Verbote beruhigt hat.

Mit dieser Ansicht scheint eine andere identisch zu sein, welche Heerwart[1]) aus einem ihm vorgekommenen Erkenntniß anführt. Durch die Weigerung allein soll nämlich deshalb der Besitz nicht verloren werden, „weil im Realrechte nicht blos die Befugniß, die Leistung zu empfangen, sondern auch die Befugniß, sie zu fordern, liege, daher der Besitz noch fortdauere, so lange die Möglichkeit, die Leistung zu fordern, noch fortbestehe, und von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht werde, wenn auch der andere Bestandtheil — die Möglichkeit, sie zu empfangen, — durch Weigerung aufgehoben sei.“ Bei dieser Ansicht ist von dem Gesichtspunkt ausgegangen, daß der Besitz der der Reallast gegenüberstehenden Berechtigung in der Möglichkeit bestehe, alle in dem Rechte selbst enthaltenen Befugnisse ausüben zu können, weshalb der Besitz auch nur dann erst als völlig verloren betrachtet werden dürfe, wenn diese Möglichkeit hinsichtlich aller Befugnisse aufgehört habe; nach der Verweigerung der Leistung bleibe aber noch die Möglichkeit des Forderns derselben bestehen, und dadurch werde, so lange diese Möglichkeit vorhanden sei, der Besitz erhalten, also so lange, bis der Berechtigte von dem Fordern abstehe, d. h. sich bei der Weigerung beruhige, also gewissermaßen den Besitz mit seinem Willen aufgebe. Die Unhaltbarkeit dieser Deduction hat Heerwart[2]), wie ich glaube, treffend nachgewiesen; das Recht, die Leistung zu fordern, ist nämlich, wie nach dieser Ansicht angenommen wird, kein Bestandtheil des factischen Verhältnisses (corpus), welches eben im Empfangen und Fordern bestehen soll, so daß, wenn auch durch Verweigerung der Leistung ein Theil des corpus aufgehört habe, doch

1) A. a. O. S. 307. 5.)
2) A. a. O. S. 314.

Digitized by Google

der andere, das Fordern, und damit auch der Besitz noch fortdauere; sondern dieses Fordern entspringt aus dem *animus*, welcher gerade darin besteht, die Leistung als Ausfluß einer Realberechtigung annehmen, die unterbleibende Leistung aber einfordern zu wollen (§. 9). Der Besitz wird jedoch allgemein schon verloren durch die Zerstörung des factischen Verhältnisses zu der Sache, welche dessen Gegenstand ausmacht, ungeachtet der noch immer fortdauernden Absicht, den Besitz nicht aufgeben zu wollen. Aber auch angenommen, der Besitz werde erst dann verloren, wenn der bisherige Empfänger der Leistung sich bei der Verweigerung beruhige, so fragt man billig, wann dieses denn der Fall sei. Wodurch soll er an den Tag legen, daß er sich nicht beruhigen wolle? Muß er etwa zu diesem Zwecke augenblicklich nach der Verweigerung das interdictum uti possidetis anstellen, um mittelst desselben in dem noch fortdauernden Besitz geschützt zu werden? oder kann er dieses unterlassen, und den Verlust des Besitzes dadurch abwenden, daß er täglich (oder in welchen Zwischenräumen?) die Leistung unverdrossen einmahnt? Wenn er nun dieses Letzte thut, so kann man gewiß nicht sagen, daß er sich bei der Verweigerung der Leistung beruhige, und so wird man zu dem wunderbaren Resultat gelangen, daß der Besitz, ungeachtet der Verweigerung der Leistung seit 30 und mehreren Jahren, nicht verloren sei, weil sich der Besitzer dabei nicht beruhigt habe. Nun verjährt aber doch die confessoria actio, welche mit der ersten Nichtleistung begründet wird, von da an (ungeachtet der außergerichtlichen Mahnung) in 30 Jahren, und es tritt daher der unbegreifliche Fall ein, daß der Besitz eines Rechts noch als fortdauernd anzunehmen und zu schützen ist, obwohl das Recht selbst [1]), weil der Gegner sich im Besitze der Freiheit befand, durch Verjährung verloren ist. Es kann aber auch dadurch, wie in einem andern von Heerwart [2]) erwähnten Urtheile angenommen wurde, der Besitzstand nicht aufrecht erhalten werden, daß, nach der erfolgten Verweigerung der Leistung, theils vor der Verwaltungsbehörde, theils vor dem Gericht selbst Güteverhandlungen stattgefunden hatten, mithin der Berechtigte nicht nur durch die in denselben enthaltene Protestation, sondern auch durch wahrhaft gerichtliche Procedur den Besitzstand aufrecht zu

1) Meine Reall. §. 33.
2) A. a. O. S. 308. 7.)



Digitized by Google

erhalten, bemüht gewesen sei; denn man sieht in der That nicht ein, wie durch ein solches gerichtliches Verfahren die Wirkung der Verweigerung der Leistung solle gehemmt werden können.

Dagegen könnte es scheinen, daß die Ansicht, daß der Besitz durch die bloße Verweigerung der Leistung nicht verloren werde, in den Reichsgesetzen ausdrücklich bestätigt sei. Nach dem in §. 7. abgedruckten §. 59. des Reichsabschiedes von 1548 befindet sich nämlich das Reich in quasi possessione, wenn ein ausgezogener Stand innerhalb Menschengedenken einmal die Steuern entrichtet hat, und nach §. 64. soll in diesem Falle „mittlerzeit rechtlicher Erörterung der Sachen" die Steuer fortwährend entrichtet werden. Es soll also, wenn nur innerhalb Menschengedenken die Steuern einmal bezahlt sind, das Reich im Quasibesitz geschützt werden, welcher also durch eine vieljährige Nichtleistung und Verweigerung derselben nicht verloren worden ist. Diese Bestimmung halte ich aber für eine singuläre Begünstigung des Reiches, welches durch Steuerverweigerungen der Stände nicht in augenblickliche Verlegenheit gesetzt und in ein weitaussehendes Petitorium verwiesen werden sollte. Es ergibt sich dieses deutlich genug aus den Reichsgesetzen selbst:

> Reichsabschied v. 1576, §. 20:
> Wann auch in dieser allgemeinen hochnöthigen Hülffleistung niemand gefreyet seyn kann, so sollen diejenigen Stände, so — nicht in possessione vel quasi libertatis sind, ein jeder sein gebührende Anlag — entrichten*).

Diese possessio vel quasi libertatis trat nun zu Gunsten des Reiches nicht mit der bloßen Verweigerung ein, sondern erst dann, wenn ein Reichsstand innerhalb Menschengedenken nicht gesteuert hatte. Privilegien des Fiscus, namentlich bei der Steuererhebung sind nicht selten, und kommen auch im römischen Recht bekanntlich mehrfach vor.

Die bisher rücksichtlich des Verlustes des Besitzes der der Reallast gegenüberstehenden Berechtigung dargestellte Meinungsverschiedenheit findet in dem Grade in Bezug auf Frohnden nicht Statt; denn da dieselben regelmäßig nur dann geleistet zu werden brauchen, wenn sie vorher angesagt sind, so kann die bloße Nichtleistung, wenn der Berechtigte die Leistung nicht verlangt hat, den Verlust

*) Vergl. R.-A. v. J. 1594, §. 16.

Digitized by Google

des Besitzes nicht zur Folge haben; dieser kann nur dann eintreten, wenn die angesagten Dienste nicht geleistet sind, welches Nichtleisten in diesem Falle immer eine Verweigerung enthält [1]). Daß sich der Berechtigte dabei beruhigt habe, wie auch hier mehrere Juristen verlangen [2]), ist aus den vorhin angegebenen Gründen nicht erforderlich. Wenn aber behauptet wird [3]), daß der Besitz nicht angesagter Dienste niemals verloren werde, so ist dagegen zu bemerken, daß allerdings ein Aufgeben des Besitzes daraus geschlossen werden kann, daß, obwohl die Gelegenheit die Dienste zu verlangen vorhanden war, dieselben dennoch seit längerer Zeit nicht begehrt sind (§. 12.).

Die Fortsetzung des Besitzes muß also so lange angenommen werden, bis eine Verweigerung der Leistung erfolgt ist. Heerwart [4]) macht dieser Ansicht den Vorwurf, daß sie in einen unauflöslichen Widerspruch verwickele. Die Vertheidiger dieser Ansicht hielten nämlich eine Acquisitiv-Verjährung der Realberechtigung wenigstens durch den Ablauf der unvordenklichen Zeit für zulässig; da nun aber zur Erwerbung des Rechts durch Verjährung eine einzige Handlung nicht genüge, sondern eine Wiederholung derselben die Verjährungszeit hindurch nothwendig sei, so sei es ein offenbarer Widerspruch, wenn bei einer einmaligen Leistung und darauf folgender Unterlassung nach Verlauf von langen Jahren in Beziehung auf possessorische Rechtsmittel ein Quasibesitz angenommen, in Beziehung auf Verjährung aber geleugnet werde; diesen Widerspruch ließen sich aber diejenigen zu Schulden kommen, welche die Fortdauer des Quasibesitzes bis zur erfolgten Weigerung behaupteten. Dieser Vorwurf würde allerdings begründet sein, wenn man, so lange kein Widerspruch geschehen, die Fortdauer des Besitzes bis in's Unendliche zulassen wollte; allein der Besitzer kann ja seinerseits den Besitz aufgeben, und daß dieses geschehen, kann daraus gefolgert werden, daß er sich bei der Nichtleistung von Seiten des Pflichtigen beruhigt. Wenn nun auch, wie oben (§. 12.) bemerkt

1) *Berger*, suppl. ad elect. disc. for. p. 1. tit. 5. c. 25; p. 2. tit. 5. c. 29; p. 3. addit. ad tit. 5. c. 14. ibiq. citt.; electa proc. possess. c. 19. *Wernher*, obs. for. t. 3. p. 1. obs. 175.

2) *Berger* u. *Wernher* l. c.

3) *Wernher*, l. c. obs. 193.

4) A. a. O. S. 315 f.

Digitized by Google

iſt, eine beſtimmte Anzahl Jahre nicht angegeben werden kann, nach deren Ablauf dieſe Vermuthung wirkſam werde, vielmehr es dem richterlichen Ermeſſen überlaſſen bleiben müſſe, mit Rückſicht auf die Umſtände jedes einzelnen Falles zu beſtimmen, ob ein Verluſt des Beſitzes eingetreten ſei, ſo wird doch Jeder zugeben, daß die Abſicht, den Beſitz aufzugeben, nicht bezweifelt werden kann, wenn der Beſitzer 30 Jahre lang die Rückſtände nicht eingemahnt hat.

Bisher iſt nur die durch Verweigerung eines Theiles oder der ganzen Leiſtung von Seiten des Inhabers des belaſteten Grundſtücks herbeigeführte Störung oder Entziehung des Beſitzes erläutert worden; es entſteht aber noch die Frage, ob nicht durch die Handlung eines Dritten eine Störung und ein Verluſt der Realberechtigung bewirkt werden könne. Unter den ältern Juriſten hat ſich Durantis*) am ausführlichſten über dieſen Gegenſtand ausgelaſſen: Et quidem sic ecce debet colonus mihi dare singulis annis caponem, vel libram cerae vel piperis vel spallam (eine in dem Rücken eines Thieres beſtehende Abgabe von der Jagd) vel denarios nomine pensionis, vel habeo ab imperatore vel rege jus levandi pedagium (Zoll) — tu non permittis illum apprehendere caponem, vel emere piper, vel ceram vel spallam, ut mihi det, vel cum hoc vult mihi dare, non sinis eum — venire — ad me, vel quando vult mihi denarios mittere pro pensione vel pro pedagio, tu non permittis, eum numerare, vel avertis muliones transire volentes per locum ubi pedagium levo; item in jure patronatus sic *turbatur*, cum ego patronus eligere volo, tu non sinis me consiliari vel eligere; ita si vis turbativa in juribus sicut in rebus corporalibus fit, quando non sinis me arare vel seminare fundum vel vineam putare, — sic *turbatur* possessio jurium ab *extraneo*, qui non dicit, se jus habere in illis. Si vero dicit, se jus habere, se mihi adversarium opponat et se illa quasi possidere dicat, tunc dicitur quasi turbari, quando contradicit colono vel inquilino, ne mihi solvat vel praestet annua servitia. Porro *expellitur* quis seu *spoliatur* illis, ut si peto illa a rustico, qui ea mihi debet, ipse vero reddere et solvere contradicit. Certe videor quasi spoliatus in continenti. — *Tertius etiam sive extraneus me expellit*, si servitia, quae ego

*) Spec. jur. tit. de restit. spol.

Digitized by Google

recipiebam a colonis, aufert mihi et sibi solvere facit; rusticus tamen per talem solutionem non liberatur. Durantis unterscheidet die beiden Fälle, ob der Dritte das von mir bisher besessene Recht für sich selbst in Anspruch nimmt oder nicht; im letzten Falle soll ich im Besitz des Rechts gestört werden, wenn der Besitzer des belasteten Grundstücks von dem Dritten verhindert wird, das mir als Zins zu entrichtende Wachs anzukaufen, oder wenn die Fuhrleute, die auf dem Wege sind, meine Zollstätte zu passiren, von dem Dritten genöthigt werden, einen andern Weg einzuschlagen, und so dieselbe zu umgehen; oder wenn ich als Patron verhindert werde, darüber zu Rathe zu gehen, wen ich zu der vacanten Stelle präsentiren wolle. Nimmt der Dritte dagegen das Recht für sich in Anspruch, so findet Durantis darin eine Störung des Besitzes, wenn jener den Pflichtigen verbietet, an mich, wie bisher, die Abgabe zu entrichten, eine Entziehung aber, wenn der Dritte diese Abgabe sich selbst leisten läßt. Das entscheidende Merkmal, nach welchem zu bemessen ist, ob die Handlung des Dritten eine Störung oder Entziehung des Besitzes bewirkt, kann nur das sein, ob der Besitzer dadurch unmittelbar an der Einwirkung auf den Gegenstand seines Besitzes theilweise oder gänzlich gehindert wird. Es ist daher freilich ganz richtig, wenn Durantis es als eine Besitzstörung ansieht, wenn der Besitzer eines Grundstücks abgehalten wird, dasselbe zu beackern, aber unrichtig ist, die zuerst erwähnten angeblichen Störungen des Quasibesitzes diesem, der Ausübung des Besitzes an einem Grundstücke in den Weg gelegten Hindernisse zu vergleichen; hier ist die Handlung des Dritten der Art, daß sie den Besitzer an der willkürlichen Behandlung des Gegenstandes seines Besitzes unmittelbar hindert, während die von Durantis als Störungen des Quasibesitzes bezeichneten Handlungen zu diesem in gar keiner Beziehung stehen, und daher als Störungen desselben auch nicht angesehen werden können. Eine solche Verhinderung in der Ausübung des Rechts, welche als eine unmittelbare Folge der Handlung des Dritten erschiene, ist aber auch in dem Falle nicht vorhanden, wo der Dritte für sich selbst das Recht in Anspruch nimmt. Wenn derselbe dem Pflichtigen verbietet, an den bisherigen Besitzer zu leisten, oder die Prästation für sich einnimmt, so ist, so lange der Besitzer des belasteten Grundstücks jenes Verbot nicht beachtet, oder ungeachtet der von dem Dritten für sich erwirkten Lei-

Digitized by Google

ſtung, auch dem bisherigen Beſitzer nach wie vor die Präſtation entrichtet, eine Störung oder Entziehung des Beſitzes durchaus nicht vorhanden; wenn aber der Pflichtige die Leiſtung verweigert, weil ihm dieſelbe unterſagt ſei, oder ein Dritter dieſelbe für ſich ſchon in Empfang genommen habe, ſo iſt der Beſitz allerdings verloren, aber nicht durch die Handlung des Dritten, ſondern durch die Weigerung des Pflichtigen, deren Gründe weiter nicht in Betracht kommen. Hiergegen läßt ſich nicht einwenden, daß die Regel, daß der Beſitz derſelben Sache nicht zugleich Mehreren ungetheilt zuſtehen könne, auch bei dem Quaſibeſitze Anwendung leide, und daher, wenn der Dritte die bisher von mir bezogene Grundabgabe als eine ihm zukommende eingenommen und dadurch alſo den Beſitz des Rechts auf dieſe Abgabe erlangt habe, mein Beſitz dieſes Rechts nothwendig verloren werden müſſe; denn wenngleich die Richtigkeit jener Regel auch für den Quaſibeſitz nicht zu leugnen iſt, ſo iſt doch, ſo lange mir von dem Pflichtigen nach wie vor die Abgabe entrichtet wird, der Umſtand, daß ein Dritter dieſe Abgabe für ſich in Anſpruch genommen, und auch wirklich empfangen hat, für meinen Beſitz ganz gleichgiltig, da daſſelbe Grundſtück mit mehreren an verſchiedene Perſonen zu entrichtenden Abgaben ganz derſelben Art belaſtet ſein kann, ohne daß der Beſitz des einen wahren oder angeblich Berechtigten den des andern beeinträchtigte; ſo lange aber der Beſitzer des belaſteten Grundſtücks an den bisherigen Beſitzer fortleiſtet, ungeachtet er auch dem Anſpruche eines Dritten nachgegeben und auch dieſem die Abgabe entrichtet hat, ſo übt jeder der beiden Empfänger einen von dem des Andern ganz unabhängigen Beſitz aus.

Eine durch einen Dritten bewirkte Störung oder Entziehung des Quaſibeſitzes läßt ſich nur inſofern denken, als derſelbe den bisherigen Beſitzer an der Vornahme derjenigen Handlungen hindert, welche die unmittelbare Ausübung ſeines Rechtes enthalten, z. B. indem der Dritte dem Beſitzer des Zehntrechts das Betreten des zehntpflichtigen Grundſtücks verwehrt und ihm dadurch die Zehntziehung unmöglich macht. Eine Störung würde dann anzunehmen ſein, wenn der Dritte den Beſitzer nur theilweiſe in der Ausübung ſeines Rechtes hindert. (Ueber den poſſeſſoriſchen Schutz in dieſen Fällen ſ. §. 17.)

---

Digitized by Google

# Vierter Abschnitt.

## Possessorische Rechtsmittel.

### §. 15.

### Im Allgemeinen.

Nach den in den §§. 2. und 4. gegebenen Nachweisungen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Besitz der auf Grund und Boden radicirten Rechte von jeher geschützt sei, und eben so ausgemacht ist es, daß dieser Schutz auch jetzt noch gewährt werden müsse. Dieses ist auch bisher die einstimmige Ansicht der Rechtslehrer gewesen, welche nur über die zu gebrauchenden Rechtsmittel verschiedener Meinung waren, indem sie sich über das Verhältniß des interd. de vi zur Spolienklage nicht vereinigen konnten. Der von Heerwart*) in Bezug auf Reallasten gemachte Einwand, daß, da nirgends gesagt sei, woraus Erwerb, Fortdauer und Verlust des Quasibesitzes zu erkennen sei, und unter welchen Voraussetzungen die bloße Ausübung geschützt werden solle, man lediglich auf Analogieen des römischen Rechtes verwiesen sei, paßt deshalb nicht, da wir uns hier auf dem Gebiete des deutschen Rechts befinden, wo der Mangel einheimischer gesetzlicher Bestimmungen auf diese Weise nicht ergänzt werden kann; übrigens wird sich auch aus der folgenden Darstellung ergeben, daß wir von gesetzlichen Bestimmungen des kanonischen Rechtes und der Reichsgesetze nicht so sehr verlassen sind, wie uns Heerwart zu überreden sucht; man muß nur unbefangen genug sein, die vereinzelten Verfügungen dieser Rechtsquellen nicht mit dem römischen Recht, sondern mit der deutschen Rechtsansicht in Verbindung zu bringen.

Die in dem kanonischen Recht enthaltenen, von den Grundsätzen des römischen Rechts abweichenden sich auf Besitzklagen beziehenden Bestimmungen bestehen, soweit sie uns hier interessiren, nur darin, daß die Grundsätze des deutschen Rechts über den Schutz gegen Störung und Entziehung des Besitzes der auf Grund und Boden radicirten Rechte ausdrücklich anerkannt, und die römischen Rechts-

*) A. a. O. S. 312.

mittel auf diese Fälle ausgedehnt sind [1]). Die analoge Anwendung des *interd. uti possidetis* fand deshalb keine Schwierigkeit, da die auf Grund und Boden radicirten Rechte nach einer allgemeinen Rechtsansicht zu den unbeweglichen Sachen gezählt wurden. Dieser Umstand galt für entscheidend [2]), und die Verschiedenheit der Handlungen, durch welche der Besitz eines Grundstücks im Gegensatze des Besitzes der hierher gehörende Rechte ausgeübt wird, wurde nicht für bedeutend genug gehalten, um deshalb die Anwendbarkeit dieses Interdicts in Zweifel zu ziehen. Dagegen schien der Anwendung des *interd. de vi* auf diese Verhältnisse der Umstand im Wege zu stehen, daß eine Dejection, wie sie bei diesem Interdict vorausgesetzt wird, bei einem bloßen Rechte nicht möglich ist. Dieses Bedenken wurde aber dadurch beseitigt, daß man sich an das deutsche Recht anschloß, und an die Stelle der Dejection die Entwerung (ohne Recht, im Gegensatz der Entwerung mit Recht, welche in Folge eines Urtheils durch den Richter geschah) setzte, welche bei jeder widerrechtlichen Entziehung der Gewere, mochte sie körperliche oder unkörperliche Sachen (Rechte) zum Gegenstande haben, angenommen wurde (§. 2.). Der Ausdruck *spoliare*, welcher dem deutschen „entweren" (ohne Recht) und dem in den lateinisch geschriebenen germanischen Quellen vorkommenden dissaisir entspricht, ist statt dejicere technisch geworden (§. 17.).

Allgemeine Bedingung der possessorischen Rechtsmittel ist der Besitz, dessen Erwerb daher vom Kläger bewiesen werden muß; nach dem Obigen (§. 7.) reicht hier der Beweis der einmaligen Ausübung hin [3]). Der Kläger hat seinen Besitz bei dem interd. uti

1) Auf die Glosse zum römischen Recht sind die angeblich durch das kanonische Recht eingeführten Neuerungen ohne Einfluß geblieben; in der gl. ad L. 1. §. 1. D. de vi et vi arm. (43. 16.) verb. *ad recuperandam* wird der Satz, daß ein Spoliirter sogleich zu restituiren sei, auf das interd. de vi zurückgeführt, und in der gl. ad L. un. C. uti poss. (8. 6.) verb. *fundum* wird das interd. uti poss. utile zum Schutz gegen Störungen im Besitz unkörperlicher Sachen für zulässig erklärt.

2) *Hahn* ad Wesenb. lib. 43. tit. 17. n. 2. *Müller* ad Struv. eod. l.

3) Nach sächsischem Recht „soll derjenige, so einen oder mehrere ruhige Actus Possessorios und in possessione jurium et servitutum, und zwar bei servitutibus continuis wenigstens eine jährige Posseß, in discontinuis aber nebst solcher jährigen Posseß wenigstens drei richtige Actus vor sich hat, in Possessorio geschützt werden." (Vergl. *Hommel*, rhaps.

Digitized by Google

possidetis zur Zeit der Störung und bei dem interd. de vi (und der Spolienklage) zu Zeit der Entsetzung zu beweisen. Allein es ist nicht nöthig, daß der Beweis auf das Dasein des Besitzes gerade in diesen Zeitpunkten gerichtet werde [1]; es genügt, wenn dasselbe in einem frühern Zeitpunkte dargethan wird, indem aus dem früher vorhanden gewesenen Besitze auf dessen Fortdauer geschlossen werden kann [2]. Wer z. B. mittelst des interd. uti possidetis um Schutz im Besitze des Rechts auf eine jährliche Grundrente bittet, weil dieselbe nur zum Theil entrichtet, zum Theil aber verweigert ist, hat nachzuweisen, daß ihm auch der jetzt vorenthaltene Theil früher entrichtet wurde, wobei gerade nicht dargethan zu werden braucht, daß dieses in dem unmittelbar vorhergehenden Zinstermin der Fall gewesen, weil ja durch die Nichtleistung allein der Besitz nicht verloren wird. Den Richter, auf dessen Ermessen hier Alles ankommt, wird hierbei vornehmlich der Umstand leiten, in welchen Zwischenräumen das Recht seiner Natur nach ausgeübt zu werden pflegt, und bei einem Rechte, welches regelmäßig alle Jahr ausgeübt wird (wie das Zehntrecht), aus dem für eine frühere Zeit bewiesenen Besitz auf dessen Fortdauer zur Zeit der Störung oder Entsetzung nur dann schließen, wenn beide Zeitpunkte nicht durch eine zu große Entfernung von einander getrennt sind, während z. B. bei Baudiensten, die oft nur nach langen Zwischenräumen geleistet werden, eine weit größere Entfernung dieser Zeitpunkte nicht schadet. Der Einwand Heerwart's [3], daß hier nur reine Willkür eine Antwort geben könne, dürfte schwerlich erheblich sein, da das richterliche Ermessen von bloßer Willkür durchaus verschieden ist, und in jedem einzelnen Falle, in welchem von dem für eine frühere Zeit bewiesenen Besitz auf dessen Fortdauer in einer spätern ein Schluß gemacht werden soll, einen festen Anhaltspunkt finden wird.

---

ob. 18. *Kind*, quaest. for. t. 3. c. 15. (ed. 2.) Nach den coutumes de Beauvoisis (assises et bons usages du royaume de Jerusalem von *de la Thaumassiere*) c. 32. fand auch bei körperlichen Sachen ein Schutz im Besitz nur dann Statt, wenn derselbe Jahr und Tag gedauert hatte.

1) v. Savigny, §. 35. S. 461 ff.

2) *Cons. Hall. ICt.* t. 1. lib. 3. cons. 4. n. 6; t. 2. lib. 2. cons. 110. n. 45.

3) A. a. O. S. 319.

Digitized by Google

## §. 16.

### Das interdictum uti possidetis.

Zum Schutze gegen Störungen im Besitz der auf Grund und Boden radicirten Rechte findet das interdictum uti possidetis utile nach der herrschenden Ansicht der Juristen Statt[1]), welche auch durch einzelne Entscheidungen des kanonischen Rechts und der Reichsgesetze vollständig begründet erscheint. Aus dem kanonischen Recht gehört hierher das c. 9. X. de probat. (2. 19.), nach welchem zum Schutze gegen eine Störung im Besitze der Gerichtsbarkeit dieses Interdict gebraucht werden kann. Heerwart[2]) glaubt diese Stelle mit der Bemerkung zu beseitigen, daß dieselbe nicht blos von der Jurisdiction handele, sondern „super jurisdictione, honore, hominio ac districtu in villa (die Worte in villa sind bei Heerwart wohl nur durch einen Druckfehler ausgefallen) sancti P. et castro Arioli, quod de jure ad se spectare dicta ecclesia proponebat," also von einem Complex mehrerer Gerechtsame, ja wohl von Grund und Boden selbst[3]). Allein die Rechte, welche hier neben der Gerichtsbarkeit erwähnt werden, sind keine selbstständigen von derselben ganz unabhängigen Befugnisse, sondern lediglich Ausflüsse derselben[4]); namentlich ist *districtus* die in der Gerichts-

1) *Bartol.* ad L 1. D. uti possid. et L. un. C. eod. *Baldus*, ad L. un. C. eod. *Gaill*, lib. 2. obs. 10. n. 5. *Menoch.* retin. poss. rem. 3.

2) A. a. O. S. 292.

3) Auch v. Savigny (Bes. S. 647.) findet in dieser Stelle einen Streit über den Besitz eines Districts mit Jurisdictions- und andern Rechten. Diese Ansicht scheint allerdings in folgenden zu den Entscheidungsgründen gehörenden Worten: Ex praemissis — apparet, quod ecclesia sufficienter ostendit, quod a LX annis et citra cum omni jurisdictione, honore, — atque districtu *loca* supra dicta *possedit*, eine Bestätigung zu finden; allein daß diese Worte nur so viel heißen sollen: die Kirche hat die Jurisdiction an den erwähnten Orten besessen, zeigt der genauere Ausdruck des im Text angeführten Anhangs der Decretale, welcher das Factum, und deren Schluß, welcher das Urtheil enthält.

4) Es ist eine ganz gewöhnliche Formel, daß ein Grundstück verkauft wird mit „allen Ehren und Würden" (*Haltaus*, gloss. v. *Ehre*, *Wurden*, *Wurdigkeit*). Auch bei den auf Grund und Boden radicirten Rechten findet sich dieser Zusatz; z. B. in einer Urk. v. J. 1339 (*Gercken*, cod. dipl. Brandenb. t. 6. n. 23. p. 427.): „— contulimus 4 frusta annuorum reddituum — cum omni jure, utilitate, honore, commodo et liber-

barkeit liegende executive Gewalt, insbesondere in Beziehung auf Beitreibung von Strafgefällen [1]), und wird in diesem Sinne öfters neben der Jurisdiction ausdrücklich erwähnt [2]), ist also ganz gleichbedeutend mit dem in deutschen Urkunden häufig vorkommenden Ausdrucke „Zwing und Bann“ [3]). In dem c. 9. ist daher lediglich nur von der Gerichtsbarkeit die Rede. Beide Theile hatten Besitzhandlungen nachgewiesen, da aber die Kirche von Ravenna einen älteren und besseren Besitz dargethan hatte, so wurde zu ihren Gunsten der Streit auf folgende Weise entschieden: Nos cognoscentes in hoc casu, non sic locum esse *interdicto uti possidetis*, ut dicere debeamus, uti possidetis ita possideatis, cum probationes ecclesiae longe sint potiores, et ideo sit in interdicto superior, commune Faventiae sibi condemnamus super jurisdictione et honore atque districtu et aliis ad hoc generaliter pertinentibus in locis praedictis quoad possessorium judicium [4]). Es wird daher

---

tate (ib. n. 53. p. 456. a. 1347; n. 55. p. 458. ej. a.; n. 57. p. 461. ej. a.). Urk. v. J. 1467 (*Mon. B.* t. 10. n. 87. p. 553.): Wir haben verkauft den „grossen Zehenten zu R. mit allen Eren Rechten Nutzen Gewonhaiten und aller Zugehorung“; Urk. v. J. 1490 (ib. p. 571.): „— Eren, Rechten, Wirden, Nuzen und Gesuchen.“

1) *du Fresne* gloss. v. *distringere*.

2) Z. B. in einer Urk. v. J. 1282 (*Neugart*, cod. dipl. Alem. t. 2. n. 1030.): „— vendidi et tradidi (praedia) proprietatis titulo perpetuo possidenda, exceptis *jurisdictionibus et districtibus*, quos non vendo, sed mihi in prefatis bonis invenditos reservo; Urk. v. J. 1321 (*Würdtwein*, nova subs. dipl. t. 3. n. 20. p 84.): „— *districtum seu jurisdictionem* temporalem — concessimus.“ Vergl. drei Urk. v. J. 1273 in: Entdeckter Ungrund der Einwendungen — gegen des teut. Ritter Ordens Balley Hessen — Immedietät — Urk. n. 76 b. 76 c. und 177. Selbst dann, wenn districtus ohne Verbindung mit der Jurisdiction genannt wird, z. B. in der §. 4. V. abgedruckten Urk. v. J. 1293 und in einer andern vom J. 1329 (*de Ludewig*, reliq. manusc. t. 5. p. 626.): „— facientes — fratres nostros — dicti ducatus Stinaviensis seu terrarum dictarum, castrorum, oppidorum, *districtuum* cum universis dominiis et utilitatibus — veros et legitimos possessores, illas vero terras, civitates et oppida cum ipsorum *districtibus* et omnibus usibus, utilitatibus — fratres nostri — nobis reddere ad vitae nostrae tempora tenebuntur“ — heißt es nicht schlechthin Bezirk, sondern Jurisdictionsbezirk.

3) *Haltaus*, gloss. v. *Zwing*.

4) Vergl. über diese Stelle v. Savigny, Bes. 647 ff.

Digitized by Google

in dieſer Stelle das interd. uti possidetis zur Erlangung des richterlichen Schutzes gegen eine Störung der Gerichtsbarkeit für zuläſſig erklärt, und es liegt keine Andeutung vor, daß die Kirche von Ravenna im Beſitze von Grundſtücken geſtört ſei, als deren Pertinenz etwa die Gerichtsbarkeit hier in Betracht käme.

Die Reichsgeſetze [1]) ſichern den Schutz im Beſitze eines Gutes oder einer „Gerechtigkeit" allgemein zu. Wenn nämlich der Beſitz in der Art ſtreitig iſt, „alſo daß ſich ein jeglicher für einen Beſitzer des beſtreitigten Guts oder Gerechtigkeit hielt" [2]), ſo ſoll, wenn ſich Gewaltthätigkeiten befürchten laſſen, der Beſitz entweder ſequeſtrirt, oder beiden Theilen geboten werden, ſich deſſelben zu enthalten, darauf aber alsbald, ohne weitläufige Ausführung der Sachen, einem die „Possession oder quasi" eingegeben werden. „Und ſo das beſchehen, ſoll alsdann ſolches keinem Theil an ſeinem Innhaben oder Beſitz in Recht nachtheilig ſein" [3]). Die Vorausſetzungen dieſes Proviſoriums ſind nur möglich, wenn der Beſitz blos geſtört worden, denn iſt eine wahre Dejection erfolgt, ſo kann nicht jeder der beiden Theile für den Beſitzer ſich ausgeben. Dieſe proviſoriſche, zur Verhütung von Gewaltthätigkeiten ergriffene Maßregel entſcheidet aber über den Beſitz ſelbſt nicht, welcher vielmehr Gegenſtand des hierauf folgenden possessorium ordinarium iſt. Das Rechtsmittel aber, durch welches der Schutz gegen Störungen im Beſitze eines Gutes oder einer Gerechtigkeit in Anſpruch genommen wird, kann nur das interdictum uti possidetis ſein [4]).

Die dem Interdict entgegen zu ſetzenden Einreden ſind theils von der Fehlerhaftigkeit des Beſitzes, theils von der Verjährung hergenommen. In jener Beziehung muß die bewieſene Einrede der gewaltſamen, heimlichen oder bittweiſen Erwerbung des Beſitzes die Abweiſung des Klägers zur Folge haben. Es iſt jedoch zu bemerken, daß nicht bei allen Arten des Quaſibeſitzes dieſe Beſitzfehler vorkommen können; in denjenigen Fällen nämlich, in welchen die Ausübung des Rechts eine von einem Dritten vorzunehmende

1) R.-A. v. Trier und Cöln v. 1512, Th. 1. Tit. 4. §. 12; K.-G.-O. v. 1521, Art. 32; K.-G.-O. v. 1555, Th. 2. Tit. 21.
2) K.-G.-O. v. 1555, a. a. O. §. 1.
3) Daſ. §. 3.
4) v. Savigny, §. 51.

Digitized by Google

Handlung erfordert, ist eine heimliche Ausübung des Rechts nicht möglich. Wird der Dritte von dem Berechtigten genöthigt, die dem Rechte desselben entsprechenden Handlungen vorzunehmen, so ist der hierdurch erworbene Quasibesitz ein gewaltsamer; wer z. B. eine Ladung erläßt oder Dienste und Abgaben von gewissen Grundstücken verlangt, und den Geladenen oder den Besitzer durch Drohungen u. s. w. zwingt, jener Ladung Folge zu leisten oder diese Leistungen vorzunehmen, hat den Besitz der Jurisdiction oder des Rechts auf diese Leistungen gewaltsam erworben. Es leidet ferner auch keinen Zweifel, daß der Besitz eines auf Grund und Boden radicirten Rechtes auch bittweise erworben werden könne [1]). Es wird freilich selten vorkommen, daß Jemand, so lange es ihm beliebt, einem Andern gewisse Leistungen entrichtet, und wenn es vorkommt, so werden diese Leistungen wohl kaum anders angesehen werden können, als rein persönliche Prästationen, die auf ein bestimmtes Grundstück durchaus keine Beziehung haben; allein möglich bleibt es doch immerhin, daß eine solche Beziehung vorhanden sei. Wird nun z. B. in Folge der theilweise verweigerten Leistungen das interdictum uti possidetis angestellt, so wird dasselbe durch die Einrede des gewaltsam oder bittweise erworbenen Besitzes elidirt. Die Einrede der Verjährung anlangend, so versteht es sich ganz von selbst, daß das Interdict nur innerhalb eines Jahres von der Störung an gerechnet angestellt werden kann. Man begreift daher nicht, wie in einem von Stryk abgefaßten Gutachten [2]) (abgesehen davon, daß wenn überhaupt ein Besitz des Rechts in diesem Falle angenommen werden konnte, derselbe verloren und nicht blos gestört war) das interdictum uti possidetis noch für statthaft erklärt werden kann, obwohl die Pflichtigen „bereits etliche Jahr in quasi possessione non praestandi hoc frumentum gewesen." Heerwart [3]) erwähnt ein Urtheil, welches, da es in der Verweigerung der Leistung nur eine Störung des Besitzes findet, das interdictum uti possidetis auch nach Ablauf eines Jahres für zulässig hält, weil das Interdict 30 Jahre dauere, wenn nur auf das, was der Gegner durch die

1) Arg. L. 2. §. 3. L. 3. de precario (43. 16.)
2) *Consil.* Hall. ICt. t. 2. lib. 1. cons. 40.
3) A. a. O. S. 306.

Digitized by Google

Besitzstörung erlangt hat, geklagt wird; durch die Verweigerung der Leistung bleibe diese aber bei dem Pflichtigen, welcher dadurch etwas erlange, was eigentlich dem Berechtigten gehöre. Es können aber, wie Heerwart[1]) richtig bemerkt, unter den Worten der L. 4. D. de interd. (43. 1.) „de eo, quod ad eum, cum quo agitur, pervenit, post annum judicium dandum" nur solche Gegenstände, die der Störende bei Gelegenheit der Störung, aus dem Gewahrsam des Besitzers sich aneignete, verstanden werden; denn das, was Jemand von jeher gehabt hat und nur nicht weggibt, obgleich ein Anderer ein Recht darauf hat, also die durch die unterlassene Leistung bei dem Besitzer des belasteten Grundstücks zurückbleibenden Gegenstände, können nimmer id, quod ad eum pervenit genannt werden.

## §. 17.

### Das interdictum de vi und die actio spolii.

Zur Wiedererlangung des verlorenen Quasibesitzes geben die ältern Juristen das interdictum de vi utile und die Spolienklage, ohne sich jedoch über das gegenseitige Verhältniß dieser Rechtsmittel auszusprechen, wozu sie auch deshalb keine Veranlassung hatten, weil nach ihrer Ansicht dieselben sich nicht etwa auf verschiedene Fälle bezogen, und ein ganz bestimmt begrenztes Gebiet hatten, vielmehr die Spolienklage alle possessorischen Rechtmittel in sich begriff. *Gaill*[2]) sagt: omnium plenissimum et tutissimum remedium est ex c. Redintegranda, *quia illud concurrit cum omnibus aliis remediis spoliatoriis*, et competit generaliter ei, qui injuste possessione cecidit; und *Lauterbach*[3]): est hodie frequentatissimum quoniam non habetur temporis, loci, personarum aut rerum differentia[4]). Während die neuern Juristen nur die Spolienklage zur Wiedererlangung des Quasibesitzes für zulässig halten, ist Phillips[5]) der ältern Ansicht, jedoch ohne eine weitere Begründung derselben, wieder beigetreten. Die Unstatthaftigkeit

1) A. a. O. S. 319.
2) Lib. 2. obs. 75. n. 10.
3) Coll. theor. pr. lib. 43. tit. 16. §. 22.
4) *Gratian.* disc. for. c. 311. n. 1.
5) Deut. P.-R. §. 119. (Aufl. 2.)

Digitized by Google

des interd. de vi glaubt man aber dadurch darthun zu können, daß nach den Worten der L. 4. §. 27. D. de usurpat. (41. 3.) eine Dejection bei dem Quasibesitz unmöglich sei*). Dieser Grund würde allerdings auch passen, wenn es sich lediglich um die Anwendung rein römisch-rechtlicher Principien handelte; allein hier sind ganz neue Verhältnisse in Frage, die uns mit einer bestimmten Rechtsansicht überliefert sind, die sich ganz unabhängig vom römischen Rechte gebildet hat. Bei der Ertheilung des gerichtlichen Schutzes, welcher den eigenthümlich deutschen Instituten zu Theil werden mußte, konnte ein doppelter Weg eingeschlagen werden, indem entweder ein selbstständiges Rechtsmittel gegeben, oder ein römisches analog angewendet wurde. Jenes ist aber in Bezug auf den Besitz nicht geschehen. Angenommen nun, man habe das interd. de vi zur Wiedererlangung des entzogenen Quasibesitzes für zulässig gehalten, so erscheint dessen Anwendung nicht seltsamer, als z. B. die Anwendung der hereditatis petitio zur Geltendmachung eines deutsch-rechtlich vertragsmäßigen Erbrechts.

Die Anwendbarkeit des interd. de vi hatte aber im vorliegenden Falle um so weniger irgend ein Bedenken, als nach der ältern Rechtsansicht die Möglichkeit einer Entwerung gar nicht bezweifelt wurde.

***Glanvilla*, tract. de legibus lib. 13. c. 37.** (aus dem 12. Jahrh.)

**Breve de nova disseisina de communi passura. Rex vicecomiti salutem. Questus est mihi N. quod R. injuste et sine judicio *disseisivit* eum de communi *passura* sua in illa villa etc.**

**Rechtsbuch nach Distinctionen B. 2. C. 4. Dist. 11.** (Ortloff, Sammlung Th. 1. S. 120.)

***Entwert* einer den andern von der *gewere sines huszczinses* — so schol man in vorvesten umme den fridbruch.**

***Cod. leg. Normannicarum* c. 29. §. 10 seqq. (*de Ludewig* rel. manusc. t. 7. p. 321.)**

**Sciendum siquidem est, quod *dissaisinarum* quedam sunt de terra — quedam de *redditibus*.**

---

*) v. Savigny, bes. S. 586 ff.; Heerwart a. a. O. S. 320; meine Reall. S. 105.



Digitized by Google

Vergleich zwiſchen dem Biſchof zu Worms und der Stadtgemeinde daſelbſt v. J. 1407, §. 18.
(*Schannat*, hist. ep. Worm. t. 2. p. 221.)
— als die phaffen zu unser Frawen clagen, daz — die Burger — sie ouch eines *weges entweltigen**) daz sie nit zu iren Wingarten kommen konnen.
In der §. 5. a. E. erwähnten proceſſualiſchen Verhandlung v. J. 1494 folgt nach den Worten: zu besetzen das Nachſtehende:
— und wiewohl Er des alles in ruhiger gewer gewess, also das nyemants Inen des one recht zu *entsetzen* gezymbt. Dieſe und andere Rechte ſeien ihm in der letzten Zeit von der Stadt entzogen, er bitte daher: mit recht zu erkennen, das die gedachten von Worms Ine in solche sein possess, quasi possess nutz und gewere — widder insetzen und restituiren —. Nach weitläufigen Verhandlungen wird das Urtheil dahin gefällt (p. 277): Das der genant Bischoff des Raths, Gerichts, des Burgermeisters, Schultheissen, Richter und Greffen satzung in der stadt Worms, so er sich beclagt hat, entsetzt zu sein, in allermassen wie er die bishere vor dieser irrung und *entsetzung* gebraucht hat, widderumb eingesetzt — werden solle. Und als derselb Bischoff ferer angezogen hat — das Ime auch jerlich von Burgermeistern, Schultheissen, Rathe, Richter und Greffen etliche frevel oder pene-gulden, auch gaben und presenten sollen geantwort worden, und am jungsten verhalten (vorenthalten) sein, ist zu recht erkant: Beweiss der gemelt Bischoff zu Worms, das er der genanten stuck in ruhigem besess gewest, und derselben durch die von Worms *entsetzt* seye — ferrer bescheen, was recht ist.

Hierher gehört auch die oben unter XIV. abgedruckte Entſcheidung des Domcapitels zu Regensburg vom J. 1275, worin geſagt wird, daß der Kläger von dem Verklagten des Beſitzes des Zehntrechts entſetzt ſei, und in dem unter XVII. mitgetheilten Erkenntniſſe

*) Entwältigen iſt mit entweren gleichbedeutend. (*Haltaus*, gl. v. entwaltigen.)

Digitized by Google

desselben Gerichts vom J. 1304 ist geradezu von einer *dejectio* aus dem Besitze des Zehntrechts die Rede.

Bei allen Rechten also, welche Gegenstand einer Gewere waren, konnte eben so, wie bei körperlichen Sachen eine Entwerung (dejectio) Statt finden. Die Juristen haben dieses auch von jeher unbedenklich angenommen [1]), und Gonzalez Tellez [2]) bezieht sich zur Rechtfertigung dieser Ansicht, wiewohl er den Widerspruch derselben mit dem römischen Rechte nicht verkennt, ganz richtig auf eine allgemeine Praxis, welche, wie wir gesehen haben, ihren guten Grund hat.

Diese Rechtsansicht ist auch in die Reichsgesetze übergegangen:

Kamm.-Ger.-Ordnung v. 1521, Tit. 32. §. 2.

Und ob sich je zu Zeiten begebe, daß einer — den andern entsetzt — in Sachen, die den Friedbruch nit belangen, soll der Entsetzer dadurch directum dominium, das Eigenthum oder Hauptgerechtigkeit der Güter oder Gerechtigkeit, um die der Streit gewesen, verloren haben. So aber dieselbige Güter oder Gerechtigkeit gedachtem Entsetzer mit ihrem Eigenthum nit zugehören, soll er deren Werth dem Entsetzten — zu geben schuldig sein.

Reichsabsch. v. 1530, §. 62.

So ordnen und wollen wir, daß ein jeder Geistlichs und Weltlichs Stands bei ihren Renthen, Gülten, Zinsen, Zehenden, Rechten und Gerechtigkeiten bleiben, keiner den andern deß alles entsetzen, verhindern, betrüben, sondern einem jeglichen sein Erb, ewige und andere Zinß, Gült, Zehenden und andere Recht und Gerechtigkeit bezahlen, entrichten und folgen lasse.

§. 65. Wir auch Churfürsten, Fürsten, Prälaten, Grafen und Stand — haben uns einmüthiglich verglichen — daß keiner von Geistlichem oder Weltlichem Stand den andern des Glaubens halben vergewaltigen — noch auch seiner Oberkeit, Rent, Zinß, Zehend und Güter entwehren. (Vergl. die §. 4. abgedruckte Stelle aus dem Landfrieden v. 1548.)

---

1) *Bartol.* ad L. 13. §. 13. D. de vi (43. 16.) n. 3.; *Durantis* in der §. 14. abgedruckten Stelle.

2) Ad c. 19. X. de restit. spol.



Digitized by Google

Die erste Stelle enthält nicht etwa blos eine Wiederholung der L. 7. C. unde vi (8. 4.), sondern was hier für die gewaltsame Besitznahme einer körperlichen Sache festgesetzt ist, wird in dem Reichsgesetz auf die Besitzentziehung eines auf Grund und Boden radicirten Rechtes (einer Gerechtigkeit) ausgedehnt*), und die Besitzentziehung sowohl einer körperlichen Sache als eines solchen Rechtes eine Entsetzung (Dejection) genannt; eben dieser Sprachgebrauch findet sich in der zweiten Stelle und in dem Landfrieden von 1548, so wie in dem Reichsabsch. v. 1548, §. 39, wo von entwehrter geistlicher Jurisdiction und Gütern die Rede ist.

Unter den ältern Juristen handelt Durantis lib. 4. p. 2. in den Titeln de causa possessionis et proprietatis und de restitutione spoliatorum am ausführlichsten über diesen Gegenstand, allein die Ansicht, daß durch das kanonische Recht ein neues possessorisches Rechtsmittel in der Spolienklage eingeführt sei, tritt bei ihm keineswegs mit Bestimmtheit hervor, vielmehr führt er den possessorischen Schutz auch in den dem deutschen Recht eigenthümlichen Verhältnissen auf das römische Recht zurück; z. B. in Folgenden im Titel de restitutione spoliatorum vorkommenden Worten: Sed si aliquis certis redditibus vel servitiis vel juribus puta colligendi pedagium, vel jure patronatus vel hujusmodi spoliatur, hodie communiter tenent advocati, utile interdictum unde vi vel utilis actio subrogata in ejus locum, vel utilis constitutio: si quis in tantam; ideo autem utiliter ista proponunt, nam interdictum et constitutio locum habent, cum quis a possessione *rei* expellitur, item ista cum sit *jura* vere non possidentur sed quasi. Nach dieser von Durantis nicht gemißbilligten Ansicht wird also zur Wiedererlangung des entzogenen Besitzes von Rechten die auf Grund und Boden radicirt sind, das interd. unde vi und eine Klage aus der constitutio: si quis in tantam (L. 7. C. unde vi) *utiliter* für statthaft erklärt, weil diese Rechtsmittel direct nur bei der Besitzentziehung einer körperlichen Sache anwendbar seien. Welches Rechtsmittel Durantis unter der als Surrogat des Interdicts zu gebrauchenden utilis actio versteht, ist mir nicht klar, denn neben den genannten Rechtsmitteln hält er auch eine condictio ex

*) Diese Ansicht findet sich schon in der gl. ad L. 7. cit. verb. *rerum*

Digitized by Google

cap. Querelam X. de electione und die bekannten Stellen des Decrets für zulässig.

Von den spätern Juristen wird es aber als ganz zweifellos angenommen, daß durch das kanonische Recht ein neues possessorisches Rechtsmittel, die actio spolii eingeführt sei. Das kanonische Recht bietet hierzu freilich gar keine Veranlassung, vielmehr enthält das c. 15. X. de restit. spol. die Bestimmung, daß gegen denjenigen, welcher ein Spolium begangen, oder Auftrag dazu ertheilt, oder dasselbe ratihabirt habe, das interd. unde vi Statt finde, ganz in Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte [1]). Wiewohl von denjenigen Juristen, welche sich die Mühe gegeben hatten, die Verfügungen des kanonischen Rechtes vorurtheilsfrei mit den des römischen zu vergleichen, dem mit der Spolienklage in der Praxis getriebenen Unfuge widersprochen und behauptet worden war, daß dasselbe wesentlich nur das interd. de vi sei [2]), so hat diese Ansicht doch erst in der neuern Zeit, vornehmlich durch von Savigny's Ausführung [3]), allgemeinen Beifall gefunden [4]).

Da das deutsche Recht gegen die Besitzentziehung sowohl einer körperlichen Sache als auch der auf Grund und Boden radicirten Rechte Schutz gewährte, und diese Rechtsansicht sich gegen das römische Recht erhielt, so hatte, als man den Versuch machte, dieses possessorische Rechtsmittel auf eine bestimmte römische Form zurückzuführen, die Anwendung des interd. de vi keine Schwierigkeit, weil eine Entwerung auch bei diesen Rechten angenommen wurde. Das Bedürfniß eines neuen Rechtsmittels war daher für diese Fälle gar nicht vorhanden. Wie ist aber unter diesen Umständen die Entstehung der ältern Ansicht über die Spolienklage zu erklären? Vielleicht auf folgende Weise: die gelehrten Juristen waren gewohnt, alle Rechtssätze nur aus dem römischen und kanonischen Recht abzuleiten, unbekümmert um dasjenige, was in Deutschland von jeher

1) L. 1. §. 12. 14. D. de vi (43. 16.)

2) *Cujacius*, ad c. penult. X. de restit. spol.; *Ziegler*, ad can. Redinteg. c. 1. §. 11. c. 2. §. 16. c. 3. §. 17. *Gonzalez Tellez* ad c. 1—7. X. de rest. spol. *Boehmer*, jus eccl. prot. lib. 2. tit. 13. §. 1.

3) Besitz §. 50.

4) Neuerdings ist von Geiger (Zeitsf. für Civilr. u. Pr. B. 13. S. 270 ff.) das remed. spolii als ein von dem interd. de vi ganz verschiedenes Rechtsmittel dargestellt worden.

Digitized by Google

gegolten hatte. Während nun das interd. de vi nach römischem Rechte seine ganz bestimmten Voraussetzungen hat, fanden sie in einzelnen päpstlichen Verfügungen einen possessorischen Schutz auch für solche Fälle zugesichert, bei welchen diese Voraussetzungen nicht vorhanden waren, und daher lag es nahe, diese Stellen des kanonischen Rechtes von einem neuen Rechtsmittel zu verstehen, welches, als durch ein spoliare begründet, actio spolii genannt wurde. Die exorbitanten Ansichten aber, welche die Juristen über den Umfang dieses Rechtsmittels hatten, ließen es als eine sehr willkommene Bereicherung der Wissenschaft erscheinen.

Wenn es nun gegründet ist, daß die Spolienklage kein von dem interdictum de vi durchaus verschiedenes Rechtsmittel, sondern nur dieses selbst ist in seiner Anwendung auf eigenthümlich deutsche Verhältnisse, also nur die deutsche Form des römischen Interdicts, so erscheint die Frage ganz müßig, ob das interdictum de vi zur Wiedererlangung des entzogenen Quasibesitzes gebraucht werden könne; denkt man nämlich an das Interdict in seiner rein römischen Gestalt, so ist die Frage eben so unbedingt zu verneinen, als sie auf der andern Seite unbedingt zu bejahen ist, wenn man die Form des Interdicts vor Augen hat, welche es unter dem Namen der Spolienklage in Deutschland angenommen hat.

Was nun insonderheit den durch Verweigerung der Leistung verlorenen Besitz der einer Reallast gegenüberstehenden Berechtigung anbelangt, so findet zu dessen Wiedererlangung, ganz in Gemäßheit der eben angegebenen Grundsätze, nach den ausdrücklichen Bestimmungen des kanonischen Rechtes ein Rechtsmittel Statt. Ehe auf diese Nachweisung übergegangen wird, ist noch die Behauptung Heerwart's*) zu widerlegen, daß der Ausdruck spoliare stets nur ein positives Thun bezeichne, niemals aber von dem bloßen Unterlassen einer Handlung gebraucht werde, und ein Rechtsmittel zur Wiederlangung des durch Verweigerung der Leistung entzogenen Besitzes nirgends gegeben werde; denn die Stellen des kanonischen Rechtes, aus welchen man die Statthaftigkeit eines possessorischen Schutzes in dem angegebenen Falle glaube dar-

*) A. a. O. S. 320. 321.

Digitized by Google

thun zu können (c. 19. X. de rest. spol. und c. 2. eod. in 6.), bezögen sich nicht auf den Fall, wo der Inhaber des belasteten Grundstücks die Leistung verweigere, sondern auf den, wo ein Dritter die einem Andern bisher geschehenen Leistungen diesem entzogen habe, was nur durch positive Handlungen möglich sei. Zunächst könnte man hier die Frage aufwerfen, warum ein possessorischer Schutz gewährt werde, wenn der Besitz dadurch entzogen worden, daß ein Dritter die Prästationen, welche bisher ein Anderer bezogen, jetzt für sich in Anspruch nehme, nicht aber in dem Falle, wo der Besitzer des belasteten Grundstücks die fernere Leistung verweigere. Daß die Entziehung des Besitzes hier durch eine negative, dort durch eine positive Handlung bewirkt ist, kann doch in der That als eine befriedigende Antwort auf die Frage nicht angesehen werden. Ueberdies ist auch die dem Ausdruck spoliare von Heerwart untergelegte Bedeutung ganz falsch. Spoliare ist gleichbedeutend mit *dissaisir*, entsetzen, entweren und daß diese Ausdrücke auch von dem durch Verweigerung der Leistung entzogenen Besitze gebraucht werden, ist oben dargethan; aber auch spoliare kommt in dieser Bedeutung geradezu in den Gesetzen vor:

C. 10. X. de decimis (3. 30.) v. J. 1170.

Ex parte tua ad nos noveris pervenisse, quod albi monachi et nigri et quidem alii religiosi ecclesiae tuae jurisdictionis *reditibus decimarum*, occasione privilegiorum, quae sibi Romana indulsit ecclesia, *spoliare* praesumunt. Sane nolumus te latere, quod praedecessores nostri fere omnibus religiosis decimas *laborum suorum* concesserant. Sed praedecessor noster Hadrianus solis fratribus Cisterciensis ordinis et templariis et hospitalariis decimas laborum suorum, quos propriis manibus vel sumptibus colunt, indulsit, caeteris vero, ut de novalibus suis, quae propriis manibus vel sumptibus excolunt et de nutrimentis animalium suorum et de hortis suis decimas non persolvant, quem sumus super his imitati. Quare ii, quibus hoc indultum est, hac occasione decimas de aliis rebus ecclesiae suae non possunt subtrahere vel sibi aliquid ulterius vindicare.

Es wird hier die auf angeblich ihnen gegebene päpstliche Privilegien gestützte Weigerung gewisser Mönche, von ihren Klostergütern den gesetzlichen Zehnten zu entrichten, geradezu mit spoliare bezeich-

Digitized by Google

net*), und daher kann nicht geleugnet werden, daß auch in diesem Falle ein possessorisches Rechtsmittel zur Wiedererlangung des entzogenen Besitzes statthaft sei, wenngleich in der vorliegenden Entscheidung dieses nicht ausdrücklich gesagt ist, wozu auch gar keine Veranlassung vorlag. Der Papst erklärt nur auf die deshalbige Beschwerde des Zehntberechtigten über die Weigerung der Mönche, ihm den Zehnten zu entrichten, und die Anfrage, was von den angeblichen Privilegien, auf welche sich dieselben bezogen hatten, zu halten sei, daß diese Privilegien in dem von den Mönchen behaupteten Umfange gar nicht vorhanden seien, und sie daher auch die sich angemaßte Zehntbefreiung nicht in Anspruch nehmen könnten.

Dagegen wird im c. 24. X. de elect. (1. 6.) ein possessorischer Schutz gegen die Verweigerung bisher geleisteter Grundgefälle ausdrücklich zugesichert. Der Fall ist hier folgender: der Oekonom der Kirche der heiligen Agathe klagte gegen den Pfarrer P. an der Kirche St. Salvator, daß derselbe sich widerrechtlich in den Besitz dieser Kirche gesetzt habe, mit der Bitte, demselben die Restitution aufzugeben, da diese Kirche zu der der heiligen Agathe gehöre, und denselben zur Zahlung eines neuerdings verweigerten für die Kirche St. Salvator an die Kirche der heiligen Agathe zu entrichtenden Grundzinses von 16 Denaren zu verurtheilen. Der Pfarrer P. leugnet dagegen, seine Kirche widerrechtlich inne zu haben, da dieselbe nicht zur Kirche der heiligen Agathe gehöre, so wie zur Entrichtung eines Grundzinses verbunden zu sein; er sei vielmehr auf die von der Gemeinde geschehene Election vom Cardinal vom Titel der heiligen Susanne, welchem diese Kirche unterworfen sei, instituirt. Darauf wird das Urtheil dahin gegeben, daß, da sich die Gemeinde im Quasibesitz des Präsentationsrechts befinde, der Pfarrer P. von der Klage, so weit sie sich auf dessen Election und Institution beziehe, jedoch vorbehaltlich eines weitern Verfahrens über das zwischen der Kirche der heiligen Agathe und der Gemeinde der Kirche zu St. Salvator streitige Patronatrecht, zu entbinden sei. „Quia vero per testes (omni exceptione majores) fuit liquido comprobatum, quod pensio sexdecim denariorum Papiensis monetae fuerit clericis ecclesiae vestrae (der heiligen Agathe) pro ecclesia sancti Salvatoris de Thermis annuatim per multa tem-

*) Vergl. auch den gleich anzuführenden R.-A. v. 1526, §. 11.

Digitized by Google

pora persoluta, sed de novo subtracta: nos in *eundem statum percipiendi* hujusmodi de ecclesia sancti Salvatoris de Thermis, ecclesiam vestram decernimus reducendam et ad solutionem pensionis subtractae condemnamus presbyterum antedictum, *salva quaestione proprietatis inter ecclesias memoratas.*" Der Grundzins also, weil er bisher gezahlt ist, soll fortbezahlt werden, unter Vorbehalt des Streites über das Recht selbst. Die Klage, welche angestellt worden war, ist freilich nicht genannt, es kann aber keine andere, als das interd. de vi utile (die Spolienklage) sein.

Hiermit stimmen auch die Reichsgesetze überein. Daß in denselben von einem Entsetzen (Entweren) in Beziehung auf Gerechtigkeiten die Rede ist, ist schon oben angegeben. In dem R.-A. zu Speier v. J. 1526, §. 11. wird aber die Verweigerung von Realgefällen ein Spoliiren genannt, und possessorischer Schutz dagegen gewährt:

> Und nachdem auf diesem gegenwärtigen Reichs-Tag bedacht und erwogen, wie an vielen Oertern die Geistliche oder Weltliche ihres Leibes und Lebens Gefahr stehen, ihnen auch ihre Zins, Renth, Güld und Zehenden vorgehalten und die einzubringen und zu verleihen verhindert werden, und aber niemands des seinen wider Recht spoliirt und entsetzt werden soll, — so soll eine jede Oberkeit — ihre Unterthanen — treulich für Gewalt und Unrecht verthädigen, schützen und schirmen —.

Es ist §. 14. a. E. bemerkt worden, daß durch die Handlung eines Dritten, welcher dem Pflichtigen verbietet, an den bisherigen Besitzer die Leistung weiter zu entrichten, eine Störung des Besitzes nicht bewirkt werde, weshalb auch gegen jenen ein possessorisches Rechtsmittel nicht begründet sein kann. Hiergegen streitet nicht das c. 31. X. de decim. (3. 30.) „Dudum adversus fratres Hierosolymitanos Hospitalis sancti Stephani te proponente in nostra praesentia quaestionem, quod ipsi decimas, de laboribus *rusticorum suorum* Vesprimensi ecclesiae debitas *non permitterent* tibi solvi etc." Die Hospitalritter hatten dagegen vorgebracht, daß die Kirche St. Stephan, zu welcher diese Zehnten gehörten, vom König und der Königin von Ungarn ihnen geschenkt und die Schenkung vom Papst Clemens bestätigt sei. Darauf entscheidet Innocenz III.: „Nos igitur, cum donatores

Digitized by Google

praedicti non conferre potuerunt aliis, quae ipsi de jure non poterant possidere et per confirmationem praedicti Clementis — iuri episcopali nullatenus derogetur, sententialiter prohibemus, ne fratres hospitales praesumant ulterius impedire, quominus decimas percipias memoratas et pacifice possideas in futurum.“ Diese Stelle enthält nämlich, wie auch die Gloſſe (verb. prohibemus) annimmt, nichts, was mit Beſtimmtheit darauf hinwies, daß im Poſſeſſorium geklagt worden ſei.

Dagegen wird in dem c. 2. de rest. spol. in 6. (2. 5.) die Spolienklage gegen den Dritten, welcher den bisherigen Beſitzer eines Zehnten deſſelben ſpoliirt hatte, indirect für zuläſſig erklärt: Ad decimas, quas canonici sancti Nicolai se adserunt intra parochiam ecclesiae B. clerici possedisse aliquamdiu et per eundem clericum spoliatos fuisse, nequaquam debent restitui, nisi evidenter docuerint, quod earum possessionem legitime adsequuti fuissent, quia eos occupasse injuste verisimiliter praesumuntur: cum proveniant ex praediis intra alienam parochiam constitutis sitque manifestum (nisi aliud ostendatur), eas de jure communi ad eandem ecclesiam pertinere. Geiſtliche Perſonen, welche in einer fremden Parochie einen Zehnten beſeſſen hatten, und von dem Pfarrer derſelben aus dem Beſitz verdrängt waren, ſollen nach dieſer Stelle in denſelben nur dann wieder eingeſetzt werden, wenn ſie deſſen Rechtmäßigkeit beweiſen würden. Dieſe Verfügung gründet ſich, wie auch ausdrücklich hervorgehoben wird, darauf, daß nach der Regel der Kirchenverfaſſung der Zehnte jedem Pfarrer in ſeiner Parochie zuſteht, jeder Beſitz eines Andern daher von vornherein als eine nicht zu ſchützende injusta possessio erſcheint; hieraus läßt ſich aber ſchließen, daß eine Wiedereinſetzung in den entzogenen Beſitz dann Statt finden müſſe, wenn derſelbe eine ſolche allgemeine Regel nicht gegen ſich habe. In dem vorliegenden Falle war nun die Entſetzung aus dem Beſitze nicht durch die Beſitzer der zehntpflichtigen Grundſtücke, ſondern durch einen Dritten (den Pfarrer der Diöceſe, in welcher dieſelben belegen waren), der das Zehntrecht für ſich ſelbſt in Anſpruch nahm, bewirkt worden. Es geht alſo zunächſt aus dieſer Stelle ſo viel hervor, daß eine Entſetzung aus dem Quaſibeſitz eines Rechts durch einen Dritten überhaupt möglich iſt, und daß ein poſſeſſoriſcher Schutz dagegen gewährt wird. Das aber läßt dieſe Stelle unentſchieden, durch

Digitized by Google

was für eine Handlung des Pfarrers der Parochie der Verlust des Besitzes herbeigeführt war. Da nun aber, wie oben bemerkt ist, dadurch der Besitz nicht verloren wird, daß der Dritte dem Pflichtigen die Leistung an den bisherigen Besitzer verbietet oder dieselbe für sich selbst in Empfang nimmt, so wird es erlaubt sein, anzunehmen, daß der Pfarrer den bisherigen Besitzer an der fernern Zehntziehung gehindert und demselben dadurch den Besitz entzogen habe. Die aus dem c. 2. abzuleitende Regel würde daher so zu fassen sein: wenn ein Dritter den bisherigen Besitzer an der Ausübung seines Rechtes hindert, und dasselbe für sich in Anspruch nimmt, so geht der Besitz für den bisherigen Besitzer verloren, welchem aber auf dessen Wiedererlangung die Spolienklage gegen den Dritten zusteht.

Setzt die Spolienklage in ihrer Anwendung auf die Wiedererlangung des Quasibesitzes voraus, daß der Besitz durch eine gewaltsame Handlung verloren sei? Die Bejahung dieser Frage scheint keinem Zweifel zu unterliegen, da zur Begründung des interdictum de vi, nach dessen Grundsätzen die Spolienklage lediglich zu behandeln ist, eine gewaltthätige Entziehung des Besitzes verlangt wird [1]). Diese Ansicht wird auch von mehreren Juristen vertheidigt [2]); Roßhirt [3]) legt ein so großes Gewicht auf die angewendete Gewalt, daß er es für zweifellos hält, daß wegen einer gegen den Quasibesitzer gebrauchten Gewalt und damit verbundenen Beschädigung selbst bei einer bloßen Besitzstörung die Spolienklage statthaft sei. Dieses ist jedoch offenbar irrig, da die Spolienklage (wie das interd. de vi) stets eine Entwerung voraussetzt, niemals also zum Schutze gegen eine bloße Störung des Besitzes gebraucht werden kann.

Zum Begriffe der Entwerung, durch welche die Spolienklage begründet wird, ist nach den Grundsätzen des deutschen Rechts die Anwendung einer Gewalt durchaus nicht erforderlich, es genügt, daß die Entwerung ohne Recht geschehen ist.

---

1) v. Savigny, bes. S. 515 ff.

2) *Grusemannus* (pr. Zollio), diss. de censu reserv. §. 20. „Dicitur autem quis possessione spoliatus, quando alter non tam verbis, quam violento quodam facto pensionem recusat, dominus (der Zinsherr) enim sic repulsus animo possessionem retinere nequit.

3) A. a. O. S. 65.

Digitized by Google

Rechtsbuch nach Distinctionen B. 2. C. 4. diss. 11. (Ortloff, Sammlung S. 120.)

Entwert einer den andern von der gewere sines huzczinses, *wider sinen willen*, das clage er czu gerichte.

B. 4. C. 33. A. dist. 1. (Daſ. S. 245.)

Wer den andern dez sinen icht nymt mit gewalt, *oder ane sine wissenschaft* — daz schol er wider geben mit gewete und mit buz.

In Uebereinſtimmung hiermit wird in den unter VI. und XVII. mitgetheilten Urkunden der angewendeten Gewalt gar keine Erwähnung gethan, ſondern in der Urk. XVIII. blos geſagt, daß die Entwerung *contra justitiam* geſchehen ſei, und eben ſo heißt es in der Decretale XXI., daß die Zahlung des Zinſes *injuste* verweigert worden. In den unter XIV. u. XIX. abgedruckten Urkunden iſt freilich von einer gewaltthätigen Entſetzung aus dem Beſitze des Rechts die Rede, allein daß dieſes nicht als nothwendiges Erforderniß zur Begründung der Spolienklage angeſehen ſei, ergibt ſich aus einer andern Stelle der erſten Urkunde, wo die Beſitzentziehung als eine contra Deum et justitiam indebite geſchehene bezeichnet wird, und in der zweiten Urkunde wird unter der gewaltſamen Entziehung des Beſitzes die bloße Verweigerung der Leiſtung verſtanden. Dieſe Anſicht des ältern deutſchen Rechts hat in den Geſetzen ihre Beſtätigung gefunden; denn wenn man auch auf die Worte des can. Redintegranda: *per quascunque injustas causas*, noch darauf, daß in andern Stellen des kanoniſchen Rechtes, welche von der Spolienklage verſtanden werden, niemals als Bedingung derſelben eine gewaltſame Entſetzung erwähnt wird, kein Gewicht legen will, weil dieſes Erforderniß, da die Spolienklage der Analogie des interd. de vi folgt, ſich als von ſelbſt verſtehend angenommen werden könnte, ſo iſt doch in den Reichsgeſetzen ausdrücklich von ſolchen Spolien die Rede, welche ohne Gewalt geſchehen:

Landfrieden von 1548, Tit. 5.

Und nachdem ſich gemeiner ſchlechten Spolien und Entſetzung halben, ſo nicht mit gewaltiger That und doch wider Recht geſchehen — und dann zu Erhaltung beſtändigen Friedens — vonnöthen ſein will, den Entſetzten diß-

Digitized by Google

falls förderlich zur Restitution und dem Ihrigen zu verhelfen u. s. w.[1]).

Mit Recht hält daher die gemeine Meinung eine widerrechtliche Entsetzung zur Begründung der Spolienklage für hinreichend[2]). Daß in den meisten hierher gehörenden Verhältnissen, namentlich in allen denjenigen, wo der Besitzer eines belasteten Grundstücks gewisse Abgaben zu entrichten oder Dienste zu leisten hat, neben der Weigerung, dieses zu thun, eine außerdem von demselben noch anzuwendende Gewaltthätigkeit gar nicht denkbar ist, bedarf keiner weitern Ausführung.

Gegen das interdictum de vi (und die Spolienklage) können von der Fehlerhaftigkeit des Besitzes keine Einreden hergenommen werden[3]); wenn daher z. B. die ganze Leistung von dem Besitzer des belasteten Grundstücks verweigert, und dadurch dieses Rechtsmittel begründet ist, so muß, ungeachtet des fehlerhaften Erwerbes des Besitzes der Kläger den Sieg davon tragen (§. 18. a. E.). Aber derjenige, welcher dem Andern den Besitz bittweise gestattet hat, kann, wenn sich derselbe auf deshalbige Aufforderung der Ausübung des Rechts nicht enthält, das interdictum de precario anstellen.

Zuletzt bleibt jetzt noch die Einrede der Verjährung zu erörtern übrig. Wegen der Worte in can. 3. C. 3. q. 1. Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel ejectis episcopis — funditus revocanda *quacunque conditione temporis* sind die ältern Juristen zum Theil der Ansicht, daß der Spolienklage überhaupt niemals diese Einrede entgegengesetzt werden könne[4]); die Mehrzahl nahm aber an, daß die regelmäßige dreißigjährige Verjährung auch hier statthaft sei[5]). Nach der Ansicht des ältern germanischen Rechts war es außer Zweifel, daß das durch die Verletzung der Gewere begründete Rechtsmittel auf Schutz im Besitze

1) R.-A. v. 1548, §. 38. K.-G.-O. v. 1555, Th. 2. Tit. 8. §. 1.

2) *Gaill*, lib. 2. obs. 75. n. 10. *Ziegler*, l. c. c. 3. §. 10 et 11. *Codex Fabrianus*, def. for. lib. 4. tit. 14. def. 14. *de Lyncker*, decis. 592. *Lauterbach*, coll. theor. pr. lib. 43. tit. 16. §. 22. ibiq. citt.

3) §. 6. J. de interd. (4. 15.) v. Savigny, S. 540 ff. c. 5. in f. X. de rest. spol.

4) Die bei *Ziegler*, l. c. c. 9. §. 1. n. 29. citirten Schriftsteller.

5) *Ziegler*, l. c. §. 2. ibiq. citt.

Digitized by Google

oder Wiedererlangung desſelben nur bei einer *nova* dissaisina, d. h. einer ſolchen Statt hatte, welche vor nicht langer Zeit geſchehen war. So nach altengliſchem Rechte [1]); auf gleiche Weiſe wird nach den Aſſiſen von Jeruſalem C. 63. der Schutz nur gewährt bei einer nouvelle dissaisine, d. h. hier innerhalb vierzig Tagen ſeit der Beſitzentſetzung (wenn der Beſitzer nicht durch Krankheit, Gefangenſchaft u. ſ. w. in dieſer Zeit verhindert war), während in den coutumes de Beauvoisis c. 32. und dem codex legum Normannicarum lib. 2. c. 29. §. 16. die Zeit auf Jahr und Tag feſtgeſetzt wird.

Iſt es nun richtig, daß die Spolienklage kein ſelbſtſtändiges Rechtsmittel, ſondern nur die deutſche Form des interd. de vi iſt, ſo muß man auch behaupten, daß dieſelbe innerhalb eines Jahres durch Verjährung erlöſche, da eine andere dem deutſchen Recht eigenthümliche Verjährungsfriſt nicht praktiſch geblieben iſt. Heerwart [2]) hält dieſe Anſicht für inconſequent; „denn wenn man einmal eine Beſitzentſetzung und eine Wiedereinſetzung bei den Reallaſten als möglich annimmt, ſo muß man nach Analogie des interdicti unde vi, welches doch der Spolienklage zu Grunde liegen ſoll, nur dreißigjährige Verjährung zulaſſen, denn alsdann wäre ja die Ausübung des Rechtes allerdings das, was entzogen und wodurch der Gegner bereichert worden iſt, und was reſtituirt werden ſoll, mithin müßte da die Vorſchrift der L. 1. pr. de vi eintreten: post annum de eo, quod ad eum, qui vi dejecit, pervenit, judicium dabo.“ Die Anwendung dieſer Beſtimmung ſcheint mir aber auf den Quaſibeſitz ganz unmöglich. Der in der Ausübung des Eigenthums beſtehende Beſitz, possessio corporibus, unterſcheidet ſich nämlich von dem die Ausübung eines dinglichen Rechtes enthaltenden Quaſibeſitz, juris quasi possessio, darin, daß jener ſich unmittelbar an eine körperliche Sache knüpft, und der Beſitz dieſer Sache iſt es gerade, worin die Ausübung des Eigenthums beſteht; bei der juris quasi possessio dagegen iſt kein ſolches Subſtrat vorhanden, an deſſen Beſitz man die Ausübung des Rechts knüpfen könnte [3]).

---

1) *Glanvilla*, tract. de legibus lib. 13. c. 34 u. 36. Phillips, engl. Reichs- und Rechtsgeſ. Th. 2. S. 150 ff.

2) A. a. O. S. 321.

3) v. Savigny, S. 209.

Digitized by Google

Diese Verschiedenheit tritt nun bei Entziehung des Besitzes deutlich hervor, indem die possessio corporis verloren wird, durch Dejection von der Sache, welche besessen wurde, und diese Sache ist es gerade, welche unter id, quod ad eum, qui vi dejecit, pervenit, und auf dessen Restitution der Dejicirte eine erst mit dem Ablauf von dreißig Jahren verjährende Klage hat, verstanden werden kann. Da nun die juris quasi possessio dieses Substrates entbehrt, so mußte bei ihr die Möglichkeit einer Dejection geleugnet werden [1]); wenn aber das deutsche Recht, hiervon abweichend, die gänzliche Verhinderung in der Ausübung des Rechtes als eine Dejection (Entwerung) ansah, und ein Rechtsmittel zur Wiedererlangung des auf diese Weise verlorenen Besitzes für statthaft hielt, so kann dasselbe natürlich nur so weit angewendet werden, als dessen Voraussetzungen wirklich vorhanden sind. Da nun aber das interdictum de vi nach Ablauf eines Jahres nur auf das id, quod pervenit, angestellt werden kann, durch die Entziehung des Besitzes eines Rechts aber der Spoliant nichts erlangt, was unter diesen Begriff paßt, so wird auch das Interdict und die Spolienklage nur innerhalb eines Jahres zulässig sein.

---

## Fünfter Abschnitt.

### Von dem Besitze der Freiheit von Realrechten.

### §. 18.

Derjenige, gegen welchen ein auf Grund und Boden radicirtes Recht nicht geltend gemacht worden ist, befindet sich im Besitze der Freiheit. Derselbe wird lediglich durch den Umstand begründet, daß ein Recht der Art bisher nicht ausgeübt ist:

Reichsabs. v. J. 1548, §. 63.

Aber die Ausgezogenen, so hiebevor einige Anlag nicht erlegt hätten, und also in possessione vel quasi libertatis wären [2]).

---

1) L. 4. §. 27. D. de usurp. v. Savigny, §. 46.

2) Vergl. R.-A. v. 1576, §. 104.

Digitized by Google

Wenn aber ein solches Recht bisher ausgeübt wurde, und also ein Besitz desselben bestand, so ist es zum Erwerbe des Besitzes der Freiheit nothwendig, daß der weitern Ausübung dieses Rechts widersprochen, z. B. die bisher geleistete Realabgabe verweigert wurde; denn da der Besitz des Rechts erst durch eine solche Verweigerung verloren wird, so kann auch nur erst von da an der Besitz der Freiheit angenommen werden. Das an den in possessione libertatis sich Befindenden gerichtete Begehren eines Dritten, die einem ihm zustehenden auf Grund und Boden radicirten Rechte entsprechende Handlung vorzunehmen, z. B. einen Zins zu entrichten, oder einer Citation Folge zu leisten, kann als eine Beeinträchtigung des Besitzes der Freiheit nicht angesehen werden; denn da durch ein solches Begehren, so lange ihm nicht Folge geleistet ist, der Besitz des in Anspruch genommenen Rechts nicht erworben wird, so kann der Besitz der Freiheit dadurch auch nicht verletzt werden. Dieses geschieht erst, wenn der im Besitze der Freiheit sich Befindende genöthigt wird, die dem geltend gemachten Rechte entsprechende Handlung vorzunehmen, also durch wirkliche Entrichtung der Abgabe oder Befolgung der ergangenen Citation. Die Vornahme dieser Handlung hat den Verlust des Besitzes der Freiheit zur Folge, denn da derselbe gerade darin besteht, daß diese Handlung bisher nicht geschehen ist, so muß auch das Gegentheil davon, also die Vornahme der Handlung, den Verlust des Besitzes der Freiheit nach sich ziehen. Man kann daher den ältern Juristen [1]) nicht beistimmen, welche in diesem Falle eine bloße Störung des Besitzes der Freiheit annehmen. Eine solche ließ sich etwa nur in der Art denken, daß der Andere nicht blos die Vornahme der seinem Rechte entsprechenden Handlung begehrt, sondern dieses Begehren auch zu realisiren sucht, indem er z. B. das angeblich zehntpflichtige Grundstück, um den Zehnten zu holen, betritt, aber an der Wegnahme desselben von dem Besitzer des Grundstücks verhindert wird. Die Rechtslehrer [2]) lassen nun in dem Falle, wo das in Anspruch genommene Recht wider den Willen dessen, der sich bisher im Besitze der Freiheit befunden

1) *Post.* l. c. obs. 10. n. 22. et 103. *Gratian.* disc. for. c. 898. n. 17. et 18.

2) *Post.* et *Gratian.* l. c.

Digitized by Google

hat, wirklich ausgeübt ist, zum Schutze der letzteren das *interd. uti possidetis* zu; eine Ansicht, welche deshalb nicht haltbar erscheint, weil in diesem Falle der Besitz der Freiheit nicht blos gestört, sondern verloren ist. Es fragt sich aber, ob nicht die Spolienklage zur Wiedererlangung des verlorenen Besitzes der Freiheit gebraucht werden könne? In den Gesetzen wird nirgends eines der possessio libertatis zu gewährenden Schutzes erwähnt; denn die Reichsgesetze enthalten nur die Vorschrift, daß diejenigen Stände, welche seit Menschengedenken keine Steuern entrichtet haben, und sich daher im Besitze der Steuerfreiheit befinden, bis zu ausgemachter Sache dabei gelassen und zu einer Steuerzahlung nicht genöthigt werden sollen [1]); hierin liegt jedoch nur eine specielle Anwendung des allgemeinen Satzes, daß während eines Processes das bisherige factische Verhältniß nicht verändert werden soll [2]). Will man aber aus allgemeinen Grundsätzen ein possessorisches Rechtsmittel auf Wiedererlangung des entzogenen Besitzes der Freiheit zulassen, so geräth man in ein unauflösliches Dilemma. Wenn z. B. der Besitzer eines Grundstücks von einem Andern durch Drohungen dahin gebracht ist, an ihn eine angeblich darauf ruhende Abgabe zu entrichten, so hat der Zwingende den Besitz des Rechts erworben, und daher, wenn der Besitzer des Grundstücks beim nächsten Zinstermin die Abgabe verweigert, gegen denselben die Spolienklage, welche durch die Einrede, daß der Besitz gewaltsam erworben sei, nicht elidirt wird. Nehmen wir nun an, daß auch für den, welcher die Abgabe gezwungen entrichtet, und dadurch den Besitz der Freiheit verloren hat, die Spolienklage auf Wiedererlangung desselben begründet sei, so haben wir hier zwei einander gegenüber stehende Spolienklagen mit gerade entgegengesetzter Richtung. Dieselbe Verwickelung tritt ein, wenn man mit den vorhin citirten Juristen zum Schutze des Besitzes der Freiheit das interd. uti possidetis für zulässig hält, weil dasselbe hier, gleich der Spolienklage, darauf gerichtet ist, daß dem Gegner die fernere Ausübung des Rechts untersagt wird. Man wird daher die Statthaftigkeit

1) R.-A. v. 1548, §. 63.; v. 1576, §. 102 u. 104.

2) Tit. X. ut lite pendente nihil innov. (2. 16.).



Digitized by Google

eines possessorisches Schutzes für den Besitz der Freiheit leugnen müssen. Ist Jemand gezwungen worden, eine Handlung vorzunehmen, durch welche der Zwingende in den Besitz eines auf Grund und Boden radicirten Rechtes gelangt ist, so muß jener seine Weigerung, dieses Recht ferner anzuerkennen, mittelst der negatoria oder quod metus causa actio durchfechten.

Digitized by Google

# Zur Lehre von letztwilligen Verfügungen bei ehelicher Gütergemeinschaft.

## (Auf Grundlage eines praktischen Rechtfalles.)

Von

**Dr. P. Fr. Deiters,**

ordentl. Professor zu Bonn.

---

Die häufig vernommene Klage über Mißverhältniß zwischen Theorie und Praxis des Rechts, wenn sie auch zu nicht geringem Theile auf irrige Scheidung des sogenannten Praktischen und Theoretischen hinausläuft, hat unleugbar bis zu einem gewissen Grade Grund; und die Schuld mag auf beiden Seiten liegen. Wenn nun diejenigen, welche zunächst auf die Theorie angewiesen sind, die in der Praxis ihre Lebensfähigkeit äußern und sich erproben muß, anerkennend benutzen, was die sogenannten Praktiker bieten: so ist andererseits erfreulich, Erfahrung zu machen, wie die Leistungen der Theorie in der Praxis Beachtung finden. Auf einer Erfahrung dieser Art in Beziehung auf meine Schrift über die eheliche Gütergemeinschaft ist der folgende Aufsatz gebaut, dessen Inhalt, seiner wesentlichen Grundlage nach, zunächst als Begutachtung eines praktischen Falles aus engerm particularrechtlichen Gebiete entstanden, hier aber verallgemeinert ist.

Kinderlose, in Gemeinschaft aller Güter lebende Ehegatten machten mit einem Dritten einen Erbvertrag, worin sie diesen

„als Universalerben unseres gesammten Nachlasses, des beweglichen und unbeweglichen, unseres gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens bestimmten in der Art, daß derselbe nach unserm beiderseitigen Absterben unser gesammtes nachgelassenes



Digitized by Google

Vermögen erb- und eigenthümlich erhalten, aber verbunden sein soll, unserm Vetter C. ein Legat von tausend Thalern auszuzahlen.“

Von den Eheleuten starb zuerst der Mann bei Lebzeiten des Legatars; die Wittwe aber überlebte den Legatar, der mit Hinterlassung von Kindern, die schon zur Zeit der Errichtung des Erbvertrages vorhanden waren, starb. Vor diesen ging die Wittwe mit Tode ab und der im Erbvertrage Ernannte trat als Erbe in den Besitz des gesammten Nachlasses. Es fragt sich, ist er verpflichtet, den Kindern und Erben des Legatars das ihrem Vater ausgesetzte Legat zu bezahlen?

Es wird von der Voraussetzung ausgegangen, daß sie ihrem Vater nicht substituirt seien, weder ausdrücklich, noch etwa obwaltenden Umständen gemäß stillschweigend.

Die Frage kann sich daher nur dann zu ihren Gunsten entscheiden, wenn das Legat schon von ihrem Vater erworben war und so von ihm auf sie vererbt. Diese Stellung gerade macht den Fall für die Theorie der ehelichen Gütergemeinschaft, sowie für das Ineinandergreifen des römischen und einheimischen Rechts, also für die Theorie des neuern deutschen Rechts*) besonders anziehend und belehrend.

Wann Legate als erworben zu betrachten seien, ist eine dem reinen deutschen Rechte fremde Frage, und doch ist wieder der Erbvertrag dem römischen Rechte fremd. Schon die Frage also, woher diese Grundlage aller weitern Entscheidung zu entnehmen, erregt auf den ersten Blick Bedenken. Dies hebt sich jedoch ohne große Schwierigkeit. Der Erbvertrag im hier gemeinten Sinne als Erbrecht begründender Vertrag enthält, wie das Testament, Willenserklärung des Erblassers über Succession in den Nachlaß, und der Unterschied besteht nur darin, daß beim Testamente erst im Augenblicke des Todes des Testators sich entscheidet, daß der Inhalt des Testaments sein letzter Wille sei; beim Erbvertrage dagegen wegen der vertraglichen Gebundenheit dies sogleich entschieden ist. Versetzen wir uns nun in den Geist des römischen Rechts, so wird es kein Bedenken finden, daß, falls es Erbverträge

*) Reyscher, in der Bezeichnung der Richtung dieser Zeitschrift I., S. 6—8.

als Nachlaßverfügungen zuließe, es diejenigen Fragen in Beziehung auf dieselben, wobei die Vertragsnatur ganz gleichgiltig ist, und nur in Betracht kommt, daß letztwillig über einen Nachlaß verfügt sei, bei diesen nicht anders als bei Testamenten beantworten würde. Da nun diese allgemeinen Bestimmungen des römischen Rechts als recipirt einen Theil des unsern bilden, erfordert es die Consequenz, diese Anwendung auf die bei uns anerkannten Erbverträge wirklich zu machen. Das schlichte, durch keine besonders nachzuweisenden Verhältnisse modificirte Legat aber, welches dem Vertragserben zu Gunsten eines Dritten auferlegt ist, erleidet unverkennlich dadurch, daß der Erbe einer vertraglichen Erklärung seine Erben-Eigenschaft verdankt, ebensowenig etwas Besonderes, als dadurch, ob der Legatar in einem Codicille oder Testamente bedacht ist [1]). Sonach ist davon auszugehen: das im Erbvertrage ausgesetzte Legat wird gemeinrechtlich in derselben Weise erworben, wie es das römische Recht in Beziehung auf die testamentarischen Legate bestimmt. Diese aber werden, falls sie nicht selbst an Bedingungen geknüpft sind, mit dem Todestage des Erblassers erworben, so daß sie von da an, wenn auch der Legatar den Tag, wo er sie abfordern kann (venit dies), nicht erlebt, auf seine Erben transmittirt werden [2]). Ob der mit dem Legat beschwerte Erbe die Erbschaft schon angetreten habe, entscheidet so wenig über die Erwerbungszeit des Legats, daß selbst, wenn der Erbe sub conditione ernannt ist, das Legat mit dem Todestage des Erblassers für erworben gilt, obschon die conditio damals noch pendens war [3]). Das Recht aus dem unbedingten Legat ist also als onus hereditatis, wenn nur überhaupt Antretung erfolgt, in dem Augenblicke übertragbar vorhanden, wo die Erbschaft selbst als solche vorhanden ist. Daher finden wir auch nirgend eine Abweichung des ausgesprochenen Satzes für den Fall erwähnt, wenn die Erbschaft, also auch deren onera, kraft Universalfideicommisses an einen Andern herausgegeben werden muß, und nur der Fideicommissarerbe das Legat, das nichts destoweniger als schon auf der Erbschaft ruhend zu denken ist, aus-

1) Vergl. L. 6. §. 2. D. Quando dies legatorum (36. 2.).
2) L. 5. pr. §. 1. eod.
3) L. 21. §. 1. eod.

Digitized by Google

zahlen soll*); eine Bemerkung, von der unten für unsern Zweck Gebrauch gemacht werden wird.

Haben wir sonach zur Entscheidung unserer Frage zunächst den Satz gewonnen: das Legat ist mit dem Todestage des Erblassers übertragbar erworben: so muß nun die Untersuchung darauf gerichtet sein: wann war der Todestag des Erblassers?

Im vorliegenden Falle sind zwei natürliche Todestage vorgekommen, des erst verstorbenen Ehemannes und der zuletzt verstorbenen Wittwe. Es fragt sich, welcher dieser beiden entscheidend sei. Ist es der letzte, so ist das Legat, wovon die Rede, im Augenblicke des Todes des Legatars noch nicht erworben gewesen, und seine Erben haben es mithin nicht zu fordern. War dagegen der Tod des Mannes schon entscheidend, so mochte der Tod der Wittwe dazu dienen, den Tag der Auszahlung (quando peti posset legatum) hinauszuschieben; erworben und auf die Kinder des Legatars übertragen war das Vermächtniß schon vorher.

Hierin beruht unverkennlich allein das Eigenthümliche und Schwierige des vorgelegten Falles.

Man erkennt, bei Vergegenwärtigung der hier in Betracht kommenden Verhältnisse ganz im Allgemeinen, daß die Beantwortung der Frage großentheils davon abhängig sein wird: welche Stellung die Ehegatten zu dem Vermögen hatten, worüber in dem Erbvertrage verfügt worden, also: welches der Charakter der allgemeinen Gütergemeinschaft war, worin sie lebten. Es ist also, wenn die Beantwortung von umfassenderem Interesse sein soll, auf beide Hauptstellungen Rücksicht zu nehmen, worin in Deutschland diese Gütergemeinschaft vorkommt; und je nachdem man denn die eine oder die andere als hypothetisch gemeinrechtlich betrachtet, — eine Frage, worauf hier einzugehen nicht durch die Sache geboten ist, — hat man in den Resultaten des folgenden Versuchs, sofern man sie als richtig anerkennt, gemeines Recht oder nicht.

*) Für die Pupillarsubstitution ist in L. 7. §. 5. cod. entschieden ein dem *substitutus* auferlegtes Legat für erworben erklärt, wenn auch der Legatar bei Lebzeiten des instituirten impubes stirbt. Eine Analogie für die Substitution durch Universalfideicommiß ist wohl nicht zulässig. Die Erklärungsweise im Texte gehört einem verehrten Collegen, dessen Thätigkeit vorzugsweise dem römischen Rechte zugewandt ist.

Digitized by Google

I. Setzen wir zuerst, was in dem vorgelegten praktischen Falle wirklich gegeben war: Die Gütergemeinschaft kannte während der Dauer der Ehe keine Theile der einzelnen Ehegatten am Gesammtvermögen; es fand eine sogenannte communio *in solidum* statt, d. h. nur ein einziges Eigenthum (den Ausdruck im weiteren Sinne genommen) am ganzen Vermögen, also auch nur Ein Eigenthümer; also: die Ehegatten wurden in Beziehung auf dies Vermögen nur „zu gesammter Hand," wie der Ausdruck wiederholt in den Rechtsquellen vorkommt [1]), mithin als Einheit gedacht, also als Eine gedachte (ideelle) oder juristische Person als Eigenthümer des Vermögens betrachtet; es war in diesem Sinne [2]) Gesammteigenthum das Princip der ehelichen Gütergemeinschaft.

Muß uns die Natur der Sache entscheidend sein; ist Consequenz im Rechte, so lange eine widerstrebende Besonderheit nicht für sich positiv zu begründen steht [3]): so folgt aus dieser Voraussetzung streng genommen, daß der einzelne Ehegatte als solcher bei dauernder Ehe letztwillige Verfügungen einseitig weder über das ganze Vermögen, noch über Theile desselben als ihm gehörig, als seinen Nachlaß, errichten könne, und, wenn sie beide zusammen verfügen, eine „Zusammenvermachnuß" [4]) errichten, dies juristisch so zu neh-

---

1) Z. B. schon in den Stat. und Conc. d. Stadt Cöln von 1437, Art. 9: „da sie also gesammenter Hand angeschrieben stunden", zu vergl. Daniels in der S. 121, Note *) angef. Stelle: „die Ehegatten stellen nur Eine moralische Person vor." Wigand (Prov.-R. von Paderborn II. S. 70. Note *) scheint mir gegen Eichhorn (St.- und R.-G. III. §. 451. Note e) Unrecht zu haben, vergl. dieselb. Stat. Art. 10 u. 11. Wohl aber möchte ich mit ihm die *main plevie* des lütticher Gewohnheitsrechts (Warnkönig in den Eranien III. S. 157 flg.) hieherziehen.

2) Der andere Sinn, den man in früherer Zeit wohl untergelegt: „jeder einzelne Ehegatte sei Eigenthümer des Ganzen", ist und bleibt ein logisch unmöglicher; und weder (nach Phillips, deut. Pr.-R., 2te Aufl. I. S. 53n. Note 5) „das germanische Leben" (das Logische ist unabhängig von Nationalität und Geschichte), noch die neuerdings häufige Wiederholung in Worten, mit vermeinter Beseitigung der andern Ansicht, können ihm reelle Existenz verschaffen.

3) „Soweit nicht zufällige Abweichungen Platz gegriffen": Reyscher in dieser Zeitschr. I. S. 40—41.

4) Stat. und Conc. der Stadt Cöln a. a. O.

Digitized by Google

men sei, daß jener Eine Gesammteigenthümer, jenes nur ideelle Subject eine letztwillige Verfügung über seinen Nachlaß errichtet habe. Die consequente Anerkennung dieses Satzes, oder doch, in unmittelbarer Erscheinung, die Anerkennung nur von Gesammtverfügungen und Ausschließung von Einzelverfügungen, läßt sich in einzelnen, bestimmter ausgeprägten Systemen der ehelichen Gütergemeinschaft entschieden genug nachweisen, gewöhnlich entschiedener in dem Falle, wenn die Ehegatten Kinder haben*), was Niemand Wunder nehmen wird, der mit der Entwickelungsgeschichte der ehelichen Gütergemeinschaft bekannt ist. Doch findet sich auch nicht selten, insbesondere bei kinderloser Ehe, der besonders feststehende Satz, daß, trotz jener Grundanschauung über das eheliche Güterrecht, der einzelne Ehegatte auch einseitig, namentlich, über

*) Z. B. bei der ehel. Gütergemeinschaft nach münster. Provinzialrechte (vergl. meine ehel. G.-G. §. 110.), nach dem weithin geltenden Rechte der Stadt Rüden (vergl. Seibertz im arnsberg. Archiv I. 4. S. 597. §. 13., und über die weite Giltigkeit die folgenden Hefte des Archivs), nach dem Landrechte von Erbach und Breuberg (vergl. Beck und Lauteren S. 201 ff.), ohne Unterschied beerbter und kinderloser Ehe nach Provinzialrechte von Paderborn und Corvey, Minden und Ravensberg u. s. w. (Vergl. Wigand, Prov.-R. d. Fürstenth. Paderb. u. Corvey I. S. 22. 23., II. S. 118 u. 122., Desselben Prov.-R. des Fürst. Minden I. S. 35.) Scherer, ehel. G.-G., hat für den Fall der beerbten Ehe nicht einmal eine besondere Rubrik bei der „irregulären G.-G." für den Fall, daß „jeder Ehegatte das Recht hat, Testamente und andere letzte Willensverordnungen zu machen", wie bei kinderloser Ehe I. §. 80. 81. — Mittermaier wird den Beweis für den in seinen Grundz. d. deutsch. Pr.-R. II. S. 915. (5. Ausg.) ausgesprochenen Satz, daß das Recht der Ehegatten, trotz der allg. Gütergemeinschaft zu testiren, gemeinrechtlich anzunehmen sei, nicht führen können, falls die einzelnen Ehegatten für sich gemeint sind, wie es doch allen Anschein hat. Ich erlaube mir, eine Bemerkung, die aus der Praxis stammt, von Beck u. Lauteren S. 202. a. a. O. entgegenzustellen, die keine vereinzelte ist (vergl. z. B. Wigand, Prov.-R. von Paderborn a. a. O.): „In der ganzen Lehre von der ehelichen G.-G. gibt es keinen Grundsatz, der in der Natur des Instituts und in der Sitte der hiesigen Gegend so tief begründet, und von den inländischen Gerichten, von den frühesten bis auf die neuesten Zeiten, so unbezweifelt anerkannt worden, und der zugleich — — — — so einflußreich und wichtig ist, als der Grundsatz des obigen Paragraphen", nämlich von Unzulässigkeit einseitiger Verfügungen.

Digitized by Google

sein Eingebrachtes und die halbe Errungenschaft letztwillig verfügen kann als über seinen besondern Nachlaß; namentlich, wenn, auch ohne Disposition der Eheleute, die eheliche Gesammtmasse im Augenblicke der Auflösung der Ehe in diese Bestandtheile zerfällt, und auf den überlebenden Ehegatten und des verstorbenen gewöhnliche Erben übergeht*).

Da nun zwei einseitige Verfügungen auch simultan errichtet werden können, so ist, falls zwei in solcher Gütergemeinschaft lebende Ehegatten gemeinschaftlich letztwillig verfügen, eine solche Verfügung auf doppelte Weise zu fassen möglich:

1) in der Weise, daß die beiden Ehegatten „mit gesammter Hand" über die Eine Masse haben verfügen wollen, so daß nur Ein letzter Wille vorhanden wäre, wenngleich von zwei physischen Personen ausgesprochen;

2) in der Weise, daß sie von der, trotz der Gütergemeinschaft ihnen zustehenden Befugniß einseitiger Verfügung haben Gebrauch machen wollen, so daß zwei Erbschaften, namentlich jedes Einzelnen Eingebrachtes sammt der halben ehelichen Errungenschaft, und zwei letzte Willen vorhanden wären, wenngleich in Einer Urkunde niedergelegt.

Es möchte freilich auf den ersten Blick scheinen, daß im vorausgesetzten Falle die erste Auffassungsweise deswegen unzulässig wäre,

---

*) In diesem Sinne kann man wohl mit Daniels: von Testamenten u. s. w. nach kurcöln. Landr., S. 102, sagen: „Die beiden Ehegatten stellen — — — — nur Eine moralische Person vor und keiner darf unter den Lebenden darüber einseitig verordnen; aber beim Absterben zeigt sich — — ein wichtiger Unterschied. War die Ehe kinderlos, so ist für jeden Ehegatten die Hälfte dieser Güter" (particularrechtlich nämlich) „bestimmt. Der Letztlebende darf späterhin" (nach aufgelöster Ehe) „über die seinige" (also, wenn das eventualiter für ihn Bestimmte wirklich das Seinige geworden ist) „nach Willkür verfügen; warum sollte der Vorverstorbene in Hinsicht der" (eventualiter) „seinigen nicht gleiche Rechte genießen?" Es ist aber nicht zu übersehen, daß Daniels hier nicht beabsichtigt, eine einfache logische Folgerung zu ziehen, sondern eine für sich bestehende ratio für einen Satz auszusprechen, den er für den passenderen hält. — Beispiele der angeführten Besonderheit liefern übrigens, außer den bei Scherer a. a. O. §. 81. angeführten, namentlich das münsterische Provinzialrecht (meine ehel. G.-G. §. 109.) und das von Rüden (Seibertz a. a. O. S. 595. §. 12.).

Digitized by Google

weil damit das Recht einseitiger letztwilliger Verfügung in Widerspruch kommen könnte. Indeß, wenn festgehalten wird, daß, wie auch die entstandene Verfügung gefaßt werde, immer die beiden Ehegatten zunächst und unmittelbar als physische Personen sich erklären, so hebt sich dieser Schein. Wenn nämlich früher eine Gesammtverfügung im ersten Sinne gemacht worden war, und später einer der Ehegatten für sich allein, soweit für ihn ein besonderer Nachlaß gedacht wird, verfügt, so muß freilich in der Zulässigkeit einseitiger Verfügung überhaupt auch die Zulässigkeit anerkannt werden, eine solche Gesammtverfügung einseitig zu widerrufen, also bestimmter: zu erklären, daß man für seine Person zur Darstellung des Einen Willens nicht mitwirken, sondern anderweitig verfügen wolle. Dadurch aber, daß eine bestimmte Art der Aufhebung möglich ist, verliert die Verfügung selbst ihren Charakter nicht. — War andererseits *zuerst* von einem der Ehegatten einseitig verfügt, und es ist *demnächst* eine Gesammtverfügung errichtet worden, so hat der Einzelne eben damit, daß er nun seinen physischen Willen zur Darstellung des Einen juristischen Willens mitwirken ließ, implicite das zurückzunehmen erklärt, ohne dessen Zurücknahme dieser zweite Act des Willens ein in sich widersprechender wäre. Auch dann also ist keine Collision zwischen Gesammt- und Einzelverfügung vorhanden.

Es ist dies deswegen ausgeführt worden, um die Anwendung des weiter zu Entwickelnden auch auf *Testamente* anzudeuten. Denn bei *vertraglich* gebundenem Willen kann von der angeführten Collision noch weniger die Rede sein, so daß für den Fall, auf welchen diese Abhandlung zunächst gebaut ist, jenes Bedenken kaum erregt werden wird.

Schwierig aber kann im einzelnen Falle die Frage werden: ob denn nun eine Gesammtverfügung im bezeichneten Sinne, oder zwei simultan errichtete Einzelverfügungen anzunehmen seien.

Im Allgemeinen erkennt sich darüber nur dies, daß es auf die Wortfassung und factischen Umstände ankomme, indem zunächst nur von Interpretation des physischen Willens der einzelnen Ehegatten in dieser Richtung die Rede ist. So würden in dem an die Spitze gestellten Erbvertrage die Worte: „*unseres* gesammten Nachlasses", der also als Einer bezeichnet erscheint, „in der Art, daß derselbe nach unserm beiderseitigen Ableben unser gesammtes, nachgelassenes Vermögen erb- und eigenthümlich enthalten soll", dafür

Digitized by Google

anzuführen sein, daß die Eheleute, als sie den Vertrag abschlossen, das gesammte Vermögen nur ebenso, wie es bei Lebzeiten der Gegenstand der Gütergemeinschaft war, als eine einzige Erbschaft sich dachten, wozu mithin ihre Stellung bei letztwilliger Verfügung gerade dieselbe, die Gemeinschaft darstellende, sei, wie während des Lebens und der Dauer der Ehe. Und es möchte wohl, da die Verfügung immer bei Lebzeiten geschieht, wenn auch ihre Wirksamkeit Todesfall voraussetzt, als Regel anzunehmen sein, daß die Ehegatten sich in solcher Verfügung gerade so handelnd denken, als bei eigentlichen Verfügungen unter Lebendigen, also regelmäßig den gemeinsam ausgesprochenen letzten Willen als einen einzigen Gesammtwillen fassen. Daß sie dabei genau den juristischen Begriff hatten, der darin liegt, ist selbstredend hier so wenig nothwendig, als es in andern juristischen Beziehungen verlangt wird. Dieser wird, wenn das Factische nur gehörig feststeht, von Rechts und Denkens wegen darin gefunden und daraus gefolgert. — Aber möglich bleibt doch immer auch der andere Fall, der sich z. B. unabweislich darin kundgeben könnte, daß, wenn auch in Einem Instrumente, jeder Ehegatte bestimmt, z. B. in der Einheit, über sein Eingebrachtes oder dergl. verfügte.

Daher erfordert es der Gang der Sache, von dem wir uns in der bisherigen Ausführung keineswegs entfernt haben, unter Voraussetzung beider Fälle unsere Frage: wann der Todestag des Erblassers war, der über den Erwerb des Legates entscheidet, zu beantworten.

Erstens von dem Falle ausgegangen, der, ohne abweichenden positiven Satz, principgemäß, jedenfalls aber die Regel ist: die in Rede stehende Willenserklärung sei nur die Eines Subjects und beziehe sich sonach auf die gesammte eheliche Gütermasse als eine einzige Erbschaft: ist zur Beantwortung der Frage, wann der Todestag des Erblassers sei, wann der Erbfall sich ereignet habe, zuvörderst daran zu erinnern nöthig, wessen die Erbschaft, wer der Erblasser sei. Keiner der beiden Ehegatten als einzelne physische Personen aufgefaßt, sondern das Eine Gesammtsubject, dessen Substrat sie sind. Wie nun bei dem gewöhnlichen physischen Individuum der Grund der Erbfolge, wenn wir die Ausdrücke streng nehmen, nicht eigentlich der ist, daß es stirbt, sondern daß es (was ja in der That auch bei Lebzeiten vor-

Digitized by Google

kommen kann) als Vermögenssubject zu existiren aufhört: so ist dasselbe Verhältniß in Beziehung auf Erbrecht begründet, wenn das juristische Subject, bei dem von Tod im eigentlichen Sinne nicht gesprochen wird, juristisch zu existiren aufhört. Dies ist ein juristisch nothwendiger Erfolg (iuris publici quod privatorum voluntate immutari nequit), an dem die etwanige falsche Meinung und Absicht der Ehegatten selbst nichts ändern kann; ebensowenig wie irgend ein einzelner Erblasser durch seine Bestimmung: „er wolle nicht gleich bei seinem Tode, sondern erst beim Tode eines Andern beerbt werden", hindern könnte, daß gleich nach seinem eignen Tode Erbfolge eintritt. Wenn also auch im vorliegenden Falle die verfügenden Ehegatten die Vorstellung andeuten, ihr Nachlaß vererbe sich erst beim Tode des letztlebenden von ihnen, so folgt die juristische Richtigkeit und Zulässigkeit daraus nicht [1]).

Das Aufhören des Gesammtsubjects, was hier als Erblasser zu betrachten ist, erscheint nach Außen unmittelbar als Aufhören der Gütergemeinschaft, oder fällt damit zusammen. Es muß also zunächst unterschieden werden, ob dieselbe mit der Auflösung der Ehe durch Tod aufhört, oder wirklich fortgesetzte Gütergemeinschaft bei einem fraglichen Systeme der ehelichen G.-G. Rechtens ist, und zwar so, daß dieses durch die Verfügung der Ehegatten nicht geändert wird oder nicht hat geändert werden sollen.

Wäre das Letztere, und zwar in der Weise, daß nicht etwa mit dem Tode eine neue Gütergemeinschaft unmittelbar begänne, sondern wirklich die bisherige, nur daß die Substrate der bisherigen Gesammtperson eine Modification (durch sogenannte Repräsentation) erlitten, fortdauerte: so hinge der Erfolg von so vielen denkbaren Einzelnheiten ab, Verrückung des Wittwenstuhles, Abschichtung u. s. w., daß darüber hier in das Genauere nicht wohl eingegangen werden kann, zumal bei kinderloser Ehe dieser Fall nicht vorkommt [2]), und, sofern wir ihn fingiren, die Entscheidungen

1) Mit Recht nennen daher die Praktiker das, was dem überlebenden Ehegatten zufällt, auch bei der ehelichen G.-G. Erbtheil, portio statutaria: Daniels a. a. O. S. 101. Reuß, ehel. G.-G. II. §. 23, der freilich, mit Unrecht und inconsequent, die Richtigkeit dieser von ihm selbst erwähnten Bezeichnungsweise bestreitet.

2) Wohl überhaupt in der bezeichneten Art niemals. Auch wenn in

in den einzelnen denkbaren Fällen sich leicht aus dem weiter bestimmen, was für den andern Fall zu entwickeln ist. Nur das mag nicht unbemerkt bleiben, daß für den Fall fortgesetzter G.-G. mindestens der Tod des überlebenden Ehegatten immer die Beendigung derselben mit sich bringt, hier also der juristische Erfolg mit der Vorstellung der verfügenden Ehegatten, daß der Erbfall sich erst im Augenblicke des Todes des letztlebenden ereigne, in dieser Art zusammenträfe, woraus sich denn ergäbe, daß der Legatar den Augenblick der Erwerbung des Legates nicht erlebt, dasselbe also auf seine Erben nicht übertragen habe.

Als Regel betrachten wir sonach, daß die Gütergemeinschaft mit der Ehe selbst, also schon mit dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten aufhört. Dann ist also damit die bisherige gemeine Gütermasse Erbschaft geworden, wie immer sie sich nach Gesetz oder letztwilliger Verfügung verfällen mag; wenn auch namentlich der überlebende Ehegatte in Besitz, Genuß und Verwaltung der ganzen bisherigen Masse bleibt.

Dabei entsteht nun im vorliegenden Falle noch ein Bedenken, was vor der weitern Entwickelung gehoben werden muß.

Der Vertragserbe soll, nach ausdrücklicher Erklärung der erbvertraglichen Verfügung, die Vermögensmasse erst nach dem Tode des letztlebenden Ehegatten erb- und eigenthümlich erhalten; und nur er, nicht der letztlebende Ehegatte, das Legat zahlen. Die Aufgabe ist also zunächst, den Inhalt dieser Willenserklärung mit der juristischen Nothwendigkeit unmittelbarer Beerbung und der Unzulässigkeit einer Beerbung ex die in Einklang zu bringen.

Das Interesse der Ehegatten besteht augenscheinlich darin, daß der Ueberlebende die gesammte Gütermasse habe und genieße, als sei noch von Erbfolge auf den Vertragserben gar nicht die Rede; daß

---

einem Güterrechtssysteme fortgesetzte Gütergemeinschaft unmittelbar von Rechts wegen eintritt (z. B. nach der Lippeschen Verordnung von 1786, namentlich §. 18), wird, wenn letztwillige Verfügung erfolgt, diese Fortsetzung wohl unverkennlich dadurch ausgeschlossen, so daß im Grunde dann solcher Verfügung ein, sonach vom Particularrechte anerkannter, doppelter Charakter innewohnt: Aufhebung des bisherigen Gesammtsubjects und Bestimmung der Successsion. Nur, um nicht zu übergehen, worauf der folgerechte Gedankengang leitete, ist des Falles mit gedacht worden.

Digitized by Google

aber mit jenes Tode dieser eintrete. Darauf ist also eigentlich ihr Wille zu beziehen, so daß sie, hätten sie genaue Vorstellung von der juristischen Form, worin diese ihre Intension allein zu erreichen möglich ist, gehabt, sie auch ihren Willen in diese Form gekleidet haben würden. Es ist also als mit ihrem Willen übereinstimmend zu betrachten, wenn seinem Inhalte diese Form juristisch untergelegt wird. Dieser Inhalt ist aber ganz vorhanden, wenn angenommen wird, der Ueberlebende sei heres institutus, der Vertragserbe aber erhalte die ganze Erbschaft als Universalfideicommiß, und zwar eius quod supererit. Es ist dadurch dem Privatwillen und dem positiven Rechte auf gleiche Weise Genüge geschehen. Auch dem römischen Rechte sind bekanntlich solche stillschweigende, durch Willensinterpretation ermittelte Fideicommisse nicht fremd; und selbst die Beschränkungen, welche nach römischem Rechte für einen solchen Universalfiduciar und -Fideicommissar eintreten (Quarta Trebellianica; Sicherung des Viertheils beim fideicommissum eius quod supererit), im vorliegenden Falle aber der Intension der Ehegatten, sowohl daß der Ueberlebende die Masse ganz frei habe, als daß der Vertrags- (Fideicommissar) Erbe die Erbschaft ohne Abzug erhalte, zu widersprechen scheinen möchten, heben sich hier durch den Charakter des Vertrages, wodurch der Ueberlebende sowohl, als der ernannte Erbe als den ihnen dadurch erwachsenden Rechten entsagend sich darstellen.

Daß diese Auslegung dem Geiste unseres praktischen Rechts entsprechend sei, daß wir also sagen können, hoc jure utimur, dafür mag die ausdrückliche Sanction eines neueren Gesetzbuchs zum Belege dienen, welches darauf ausging, auf Grund des bisherigen Rechts möglichst das in der Natur der Sache Liegende bestimmt festzusetzen, des allgemeinen preußischen Landrechts. Ihm ist der Satz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, fremd; nicht aber die Nothwendigkeit der Beerbung gleich in dem Augenblicke, wo der Erblasser zu existiren aufhört. Diesemnach bestimmt es in I. 12, §. 259—260:

> „Ist Jemand nur von einer gewissen Zeit an, oder nur bis zu einer gewissen Zeit zum Erben eingesetzt worden, so wird dergleichen Verordnung als eine fideicommissarische Substitution betrachtet."

Digitized by Google

„Im ersten Falle ist der Testaments-, sowie im letzten der gesetzliche Erbe für substituirt zu achten."

Darin ist zwar unser Fall nicht in terminis enthalten, aber der Sache nach mit eingeschlossen.

Denkbar wohl, aber weniger dem Inhalte des Willens der Erklärenden entsprechend, scheint eine andere Auffassungsweise, wonach der überlebende Ehegatte nur als Leibzüchter, freilich mit unbeschränkter Administration und Verfügung, der Vertragserbe also als Erbe von Anfang an zu betrachten wäre, beschwert zuerst mit dieser dem Ueberlebenden zu lassenden Leibzucht, und dann, nach Beendigung dieser Leibzucht, mit Auszahlung des Legates. Vorzuziehen möchte diese Erklärung dann sein, wenn so die Stellung des Letztlebenden unmittelbar von Rechts wegen wäre, indem dann den verfügenden Ehegatten die Vorstellung natürlich scheint, daß es bis zum Tode des Letztlebenden so bleiben solle, als sei gar keine letztwillige Verfügung vorhanden.

In Beziehung auf die Frage, auf deren Lösung alle diese Erörterungen abzwecken, führen beide Willensinterpretationen zum selben Resultate. Für die letzte braucht kaum besonders gesagt zu werden, daß auf den Tod der Wittwe rücksichtlich der Erwerbung des Legats nichts ankomme. Aber wenn auch von der Voraussetzung ausgegangen wird, dem Vertragserben als fideicommissarischem sei das fragliche Legat auferlegt, ändert das, wie bereits oben erwähnt worden ist, nichts an dem Satze, daß das Legat als mit dem Todestage des Erblassers erworben zu betrachten sei. Da dieser nun, wie dargelegt, der Tag der mit Beendigung der Ehe aufgehobenen Gütergemeinschaft, der Todestag des zuerst verstorbenen Ehemannes ist, so folgt, daß der diesen überlebende Legatar das Legat bereits erworben hatte.

Wird also der Erbvertrag als Gesammtverfügung aufgefaßt und die gesammten Güter als nur Eine Gesammterbschaft, so beantwortet sich die vornan gestellte Frage ganz zu Gunsten der Erben des Legatars: der Vertragserbe muß ihnen das ihrem Vater ausgesetzte Legat berichtigen. Die Schwierigkeit bezog sich hier auf den Todestag des Erblassers. Auf eine andere Seite wendet sie sich, wenn

Zweitens die Voraussetzung zu Grunde gelegt wird, daß jeder einzelne Ehegatte über einen, ihm individuell angehörigen

Nachlaß, beide also gemeinschaftlich über zwei Nachlasse in dem Erbvertrage verfügt haben. Aus dem Bisherigen ergibt sich schon ohne Weiteres, daß dann für jeden Ehegatten sein Todestag der Tag der für seinen Nachlaß eröffneten Erbfolge sei; daß mithin der Vertragserbe in Beziehung auf den zuerst verstorbenen Ehemann, dessen Nachlaß bis zu ihrem Tode die Wittwe ganz frei in ihren Händen haben soll, entweder als Fideicommissarerbe, oder, was unwahrscheinlicher, als mit dem Legat der Leibzucht für die Wittwe beschwerter unmittelbarer Erbe zu betrachten ist; dagegen als unmittelbar eingesetztem Erben der Wittwe selbst ihm die eigene Erbschaft dieser erst mit ihrem Tode anfällt; und daß jedenfalls Legate, welche die Erbschaft des Mannes betreffen, schon mit seinem Tode; Legate dagegen, welche als von der Frau ihren Erben auferlegt zu betrachten sind, erst mit ihrem Tode erworben sind. Wäre also das fragliche Legat aus dem ersten Gesichtspunkte, als Legat vom Manne, zu betrachten, so hätten die Erben des vor der Auszahlung (die sich durch den Tod der Wittwe bestimmte) verstorbenen Legatars dasselbe nichts destoweniger vom Vertragserben zu fordern; dagegen, von der andern Annahme aus, also als Legat der Wittwe, die Sache angesehen, wäre der Legatar vor der Erblasserin gestorben, mithin das Legat ausgefallen und auf des Legatars Erben nicht übertragen.

An die Stelle der Frage, die zu den bisherigen Betrachtungen führte, tritt also die: als von wem und aus wessen Nachlasse vermacht ist das fragliche Legat anzusehen?

Daß es sich hier bloß um Willensauslegung handle, ist klar. Juristisch ungiltig würde der Wille sein, der einem Andern für dessen Nachlaß einen Erben oder Legatar ernennte, ohne daß sich dies indirect auf den Nachlaß des Erklärenden bezöge. Da nun mit den klarsten Worten beide Ehegatten, und nicht etwa vertraglich, und deswegen unter Miterklärung des Andern, Einer von ihnen, das Legat bestimmen, so sind, anstatt des scheinbar einen Legats, in der That zwei Legate vorhanden; gerade so wie anstatt der scheinbar Einen letztwilligen Verfügung in der That zwei vorhanden sind. Nichts ist aber dennoch klarer, als daß die Absicht nicht dahin ging, daß der Legatar — vorausgesetzt, daß er den Anfall erlebte — zweimal die tausend Thaler erhalten sollte, sondern nur einmal und zwar im Augenblicke des Todes des letztlebenden Ehegatten.

Digitized by Google

Dies in Einklang zu bringen, bietet sich bei einigem Nachdenken die Möglichkeit einer dreifachen Auslegung:

a) Jedes der beiden Legate sei unter der Bedingung hinterlassen, *falls der Verfügende der Letztlebende sei*. Dann wäre also das Legat des Mannes hinfällig geworden durch seinen frühern Tod; es bestand nur noch das Legat der Frau. Dessen Anfall aber hätte der Legatar nicht erlebt, seine Erben sonach das Legat gar nicht zu fordern, — ein Resultat, direct entgegengesetzt dem, was bei der ersten Auffassungsweise des Erbvertrages sich ergeben hat.

b) Jedes der beiden Legate sei unter der Bedingung hinterlassen, daß nicht schon aus dem Nachlasse des andern Ehegatten dem Legatar die gleiche Summe möchte zugefallen sein, also gerade für den umgekehrten Fall, *daß der Verfügende zuerst versterben möchte*. Dann hätte der Legatar den Anfall der vollen tausend Thaler vom Manne erlebt und die Forderung auf seine Erben übertragen, wenngleich sie dieselbe erst nach dem Tode der letzlebenden Wittwe einziehen könnten, während das Legat von der Wittwe durch eine Art **concursus causarum lucrativarum** ausfiele.

c) Jeder der beiden Erblasser habe nur theilweise, also zur Hälfte, das Legat vermacht. Dann hätte der Legatar den Anfall der fünfhundert Thaler vom erstverstorbenen Manne erlebt und auf seine Erben übertragen, wogegen das Legat der andern fünfhundert ausgefallen wäre, da er vor der Erblasserin gestorben ist.

Die beiden ersten Arten der Auslegung setzen bei den Ehegatten die Vorstellung voraus, daß der Vertragserbe nur als Erbe des Einen von ihnen das ganze Legat zahlen, das Legat nur aus einer der beiden Verlassenschaften hinausgehen sollte. Das aber ist wohl unzweifelhaft, daß sie, über die Verhältnisse im Einzelnen sich nicht völlig klar, von dieser Vorstellung nicht ausgingen, sondern den Erben *als Erben beider Massen* mit dem Legate beschwert, also das Legat als auf beiden Massen zugleich ruhend, die Summe als aus beiden Erbschaften zusammen hinausgehend dachten. Setzt man nun zur leichtern Veranschaulichung der Sache, daß, statt des einen, zwei physisch verschiedene Erben, jeder für eine der beiden Erbschaften ernannt seien: so hatten die beiden Ehegatten, falls sie sich dieser Trennung bewußt waren, gewiß nicht die Vorstellung und den Willen, nur der eine Erbe solle das ganze Legat bezahlen, son-



Digitized by Google

dern beide zusammen. Das aber schließt die Vorstellung der Theilung in sich, wie sie ja auch im Zweifelsfalle überhaupt bei einer Obligation Mehrerer auf eine, nur einmal zu zahlende Summe gemeinrechtlich anzunehmen ist [1]), und namentlich, wenn derselbe Testator mehrere seiner Erben mit Einem Legat beschwert [2]).

Also würde von dem dritten der genannten Auslegungsversuche auszugehen sein, wonach der Erbe fünfhundert Thaler als Erbe des Mannes, andere fünfhundert als Erbe der Wittwe zu leisten hat, mithin die Erben des nach dem Manne, aber vor der Wittwe verstorbenen Legatars nur fünfhundert von ihm zu fordern haben, sonach hier das Resultat sich zur Hälfte ungünstiger stellte, als bei Annahme Einer Gesammtverfügung.

Doch soll damit nicht behauptet sein, daß in allen ähnlichen Fällen so entschieden werden müsse. Die Umstände, so wie die Ausdrücke in den Verfügungen können auch auf die beiden andern Auslegungen führen. Es kommt gerade hier die freie Auslegungsregel zur Anwendung: secundum id quod credibile est cogitatum credendum est [3]).

Diese Ausführung hat nun die Lösung der Frage unter der zweiten Hauptvoraussetzung schon vorbereitet oder eigentlich schon mitgeliefert.

Bisher ist nämlich die gestellte Frage unter Annahme einer sogenannten communio *in solidum* behandelt worden.

II. Setzen wir nun den andern Charakter der ehelichen Gütergemeinschaft voraus, der jedenfalls auch vorkommt, eine communio zu ideellen Theilen, Miteigenthum als entgegengesetzt dem Gesammteigenthum: so ist der Theil, der dem einzelnen Ehegatten bei Lebzeiten an der Gesammtmasse zusteht, von selbst sein Nachlaß von Todes wegen, und das Recht einseitiger letztwilliger Verfügung von dieser Seite nicht beschränkter, als bei jedem Andern, dessen Vermögen zufällig mit dem eines Andern eine in natura ungetrennte Masse bildet. Von einer Gesammtverfügung, im oben angenommenen Sinne, kann gar nicht die Rede sein, weil nicht von einem Gesammtgute, von einem Gesammtsubject, von

1) Vergl. L. 11. §. 1. 2. D. De duobus reis (45. 2.).
2) Vergl. L. 54. §. 3. D. De leg. I. (30.).
3) L. 24. D. De rebus dubiis (34. 5.).

Digitized by Google

Einem Willen überhaupt. Die gemeinsam errichtete Verfügung enthält mithin juristisch immer zwei, auf verschiedene Erbschaften sich beziehende, die nur äußerlich verbunden sind. Die Bestimmung des Todestages des Erblassers oder der Erblasser ist also hier physisch gegeben; die Schwierigkeit beschränkt sich auf die Frage: von wem und aus wessen Nachlaß das Legat auferlegt sei. Kurz, der ganze Unterschied dieses und des unter „Zweitens" bei „1." betrachteten Falles besteht darin, daß hierdurch das Princip der Gütergemeinschaft gegeben ist, was dort nur kraft besonderer Begründung angenommen werden konnte. Denn daß dort bestimmter das Eingebrachte und die halbe Errungenschaft als Nachlaß des Einzelnen bezeichnet wurde, hat auf die Entscheidung keinen Einfluß gehabt, und ist auch keineswegs immer das Geltende, vielmehr kommt auch bei der communio in solidum nicht selten vor, daß die Einzelnen über eine Quote des Ganzen verfügen können [1]). Die Entscheidung der an der Spitze dieser Abhandlung aufgestellten Frage muß sonach die schon dargelegte sein, daß im Zweifelsfalle die Hälfte des Legats vom Legatar als erworben anzusehen ist.

Diese, nicht aus der Luft gegriffene, sondern auf concret hervorgetretenes praktisches Bedürfniß gebaute, und daher auch möglichst in dessen Schranken gehaltene Abhandlung veranschaulicht einerseits, wie viel der Doctrin bei derartigen, der neuern deutschen Rechtsbildung angehörigen Stoffen noch zu thun übrig bleibt [2]), andererseits aber gewährt sie wohl beruhigende Ueberzeugung, daß dasjenige Princip der ehelichen Gütergemeinschaft, was erst in neuester Zeit entschiedener ausgesprochen ist, aber immer noch von Man-

1) Z. B. nach dem Rechte der Stadt Rüden (Seibertz a. a. O.), nach dem kurcöln. Rechte, gemäß der Meinung von Daniels a. a. O. S. 102.

2) „Den einzigen begründeten Einwand gegen die G.-G., wie sie gewöhnlich und zum Theil auch in unserer Gegend" (Erbach und Breuberg) „ist, könnte man hernehmen von dem Mangel an hinlänglicher Bestimmtheit, Ausführlichkeit und allgemeiner Kenntniß dieser Rechtslehre; zumal sobald es auf einzelne, feinere schwierige Fälle ankommt. — — — Allein dieser Vorwurf trifft entfernt nicht die Sache, das Rechtsinstitut selbst, sondern nur die bisherige, unvollkommene Form seines Daseins; und es ist der Wunsch der gegenwärtigen Abhandlung und ihrer öffentlichen Bekanntmachung, diesem Mangel, so viel es möglich ist, abzuhelfen." Beck u. Lauteren a. a. O. S. 171.



Digitized by Google

chen mit unbestimmt angedeuteter Bedenklichkeit angesehen wird, in der praktischen Durchführung sich keineswegs so spröde zeigt, als man wohl glauben machen möchte*), vorausgesetzt nur, daß man Consequenzen als solche, wenn keine positive Gegenentscheidung vorliegt, anzuerkennen und festzuhalten nicht Scheu trägt, und nicht lieber über verkehrten Einfluß des römischen Rechts klagt, als, diesen Einfluß als Thatsache anerkennend, ein haltbares Ganze zu gewinnen sucht.

Daher zweifelt der Verfasser nicht an dem Interesse der hier angeregten Fragen an sich; hofft vielmehr seiner Ausführung dadurch Nachsicht zu gewinnen.

---

*) Wenn Herr Geheimerath Mittermaier noch in der 5ten Aufl. seiner Grundſ. II. §. 399 sagt: „die Meinung, nach welcher bei der allgem. G.-G. die mystische oder juristische Person, in welcher beide Ehegatten vereinigt wären, die Eigenthümerin des Gesammtvermögens sei, hat keine deutsch-rechtliche Quelle für sich, läßt sich aus allgemeinen Gründen nicht vertheidigen, und führt zu einer Reihe irriger Folgerungen": so scheint dabei die eigenthümliche Stellung der deutsch-rechtlichen Quellen in dieser Lehre (vgl. S. 131, Note 2) und daß, die Folgerungen zu entwickeln, zum Theil noch Aufgabe der Doctrin ist, übersehen; und wenn auch vielleicht von einem Lehrbuche nicht erwartet werden durfte, daß etwas aus dieser „Reihe irriger Folgerungen" wäre angedeutet worden, so läßt sich doch nicht billigen, daß durch die Worte in Note 7: „der Ansicht von Hasse" (nämlich der angedeuteten) „scheint Deiters zugethan in der angeführten Schrift" der Schein begründet wird, als habe ich nicht versucht, in meiner Schrift den Beweis zu führen, daß jenes Princip wenigstens die dort in Betracht kommende „deutsch-rechtliche Quelle" für sich habe und von jenem Principe aus ein System vorzulegen.

# Die Lehre von dem Spiel

aus

dem deutschen Rechte neu begründet.

Von

Wilda.

## Vorwort.

Die Rechtsgrundsätze über das Spiel und die Wette haben, abgesehen von ihrer unmittelbaren Beziehung, in neuerer Zeit noch ein besonderes Interesse erhalten durch die vielbesprochene, aber wie mir scheint noch nicht zum Abschluß gekommene Frage: über die Anwendbarkeit derselben auf gewisse Arten des Verkehrs mit Staatspapieren, namentlich das sogenannte Differenzgeschäft. Da die Beantwortung derselben eine Feststellung des Begriffes von Spiel und Wette und der in Betreff beider bei uns geltenden Rechtsgrundsätze erfordert, bin ich dadurch auf eine weitere Erforschung dessen, was unsere vaterländischen Rechtsquellen älterer und neuerer Zeit darüber bestimmen, hingeleitet worden. Mir selbst unerwartet hat sich aber hier ein fast unbetretenes in völliger Uncultur liegendes Feld eröffnet, wie es noch oftmals denen begegnen wird, die in den Reichthum unserer deutschen Rechtsquellen, in die Tiefe des deutschen Rechtslebens mit freudigem Ernst einzudringen suchen. — Es war bis jetzt die allgemein geltende Ansicht, daß das, was bei uns über das Spiel und die Wette Rechtens ist, seine Grundlage in dem römischen Rechte habe, welches durch deutsche Rechtssitte und Gesetze nur hie und da etwas modificirt worden sei. So lehren übereinstimmend mit den Lehrern des Civilrechts jetzt fast alle unsere Germanisten; ja es hat die Meinung älterer Juristen, daß durch die Verbreitung des römi-

Digitized by Google

schen Rechtes, die bis dahin herrschende Ansicht über das Spiel eine gänzliche Umkehr erlitten habe, nur einen beschränkten, nicht auf fester Grundlage beruhenden Widerspruch erfahren. Durch die Darlegung einer bisher unbeachtet gebliebenen Mannigfaltigkeit von Rechtsbestimmungen in ältern und neuern deutschen Rechtsquellen, soll nun aber gezeigt werden, wie sich in Deutschland, unabhängig vom römischen Recht, ein Inbegriff in sich zusammenhängender Rechtsgrundsätze über den bezeichneten Gegenstand entwickelt hat, die das römische Recht bei seiner Verbreitung fertig und in dem Rechtsbewußtsein gewurzelt vorfand, in welchem sie sich dann, ihren Hauptbestandtheilen nach, bis auf die Gegenwart behauptet haben. Es beruhen dieselben auf einer ähnlichen Grundansicht als die ist, welche die römische Gesetzgebung geleitet hat. Gerade diese Aehnlichkeit aber hat den Ursprung der bei uns geltenden Rechtsgrundsätze um so mehr und leichter verkennen lassen. Die richtige Auffassung der Sache ist aber mit nichten etwa blos von einem geschichtlichen Interesse, wie man vielleicht, ehe die eigentlichen Resultate sich hervorgestellt haben, wähnen könnte. Indem man glaubte, sich bei dieser Lehre auf den Boden des römischen Rechtes stellen zu müssen, haben sich Zweifel, Widersprüche gezeigt, deren Grund man entweder in einer abweichenden Praxis und in der Particular-Gesetzgebung gesucht, oder deren man sich durch eine aus deutschem Rechtsbewußtsein hervorgegangene Auffassung und Deutung der römischen Rechtsgrundsätze, ohne sich über dieses Verfahren selbst klar zu sein, entledigt hat. Jene angeblichen Abweichungen, Modificationen des römischen Rechts in seiner heutigen Anwendung haben aber eine Grundlage, die älter als die Herrschaft jenes Rechtes selbst ist, indem sie Bestandtheile der deutsch-rechtlichen Lehre von Spiel und Wette sind, die es sich mußte gefallen lassen, in einem fremden Gewande, als eine fremde Einwanderin im eignen Vaterlande betrachtet zu werden. Es bedarf aber keiner weitern Ausführung, daß bei einer solchen Lage der Dinge die wissenschaftliche Wiederherstellung der deutsch-rechtlichen Lehre von Spiel und Wette — die im Leben ihre Herrschaft eigentlich nie verloren hat, wenn dieselbe oft auch aus Mißverständniß verkümmert worden ist — erst eine richtige Erkenntniß der wahren Bedeutung und des innern Zusammenhanges der Rechtssätze, und somit einen gesicherten Standpunkt für die Rechtsanwendung gewähren kann. Wenn aber der Versuch,

Digitized by Google

die Grundsätze über Spiel und Wette, wie sie in unserem Rechtsbewußtsein begründet sind und in den neuern Gesetzbüchern großentheils Anerkennung gefunden haben, aus deutschen Wurzeln herzuleiten, nicht als ganz mißlungen erscheinen sollte, so dürfte damit ein neuer Beleg erbracht sein, wie der Sieg des römischen Rechtes über das deutsche oftmals mehr ein vermeintlicher als ein wirklicher gewesen ist, indem dieses durch die Zähigkeit seines Widerstandes, seinen Besitz wenn auch unter fremdem Namen zu behaupten gewußt hat, bis es in günstigerer Zeit frei und offen hervortretend die volle Wiederanerkennung seines Eigenthums würde fordern können. Diese Anerkennung wird aber jetzt schon dem deutschen Recht nicht etwa nur von denen zu Theil, welche der Erforschung und Bewahrung desselben vorzugsweise sich gewidmet haben, und denen man daher eine einseitige Vorliebe für dasselbe zuschreiben könnte, sondern es sind in neuerer Zeit auch Männer, welche mit der Ergründung des römischen Rechtes in seiner volksthümlichen Gestalt zugleich das Streben nach Erkenntniß seines Verhältnisses zur Gegenwart sich zur Aufgabe gestellt haben, zu gleichem Ergebniß gelangt. Es mag hier zunächst nur auf Witte's auch in dieser Hinsicht besonders beachtenswerthe Bearbeitung des preuß. Intestaterbrechts (Lpz. 1838) verwiesen werden, worin der Verf. als einen leitenden Gedanken aufgestellt, und dessen überraschende Wahrheit in zahlreicher Anwendung dargethan hat, daß sich mehr, als man gemeinlich annimmt, von deutschen Rechtsansichten selbst da erhalten hat, wo wir glauben, daß der Sieg des römischen am entschiedensten gewesen ist, indem die Begründer unserer römischen Rechtswissenschaft von den Glossatoren an, durch ihr germanisches Rechtsbewußtsein bei der Auffassung des römischen Rechtes geleitet worden sind und so die Anwendbarkeit desselben auf unsere Lebensverhältnisse vermittelt haben: „Was wir Entstellungen, was wir Mißverständnisse des römischen Rechts zu nennen gewohnt sind, das ist in den meisten Fällen nichts Anderes, als ein richtiges, wenngleich unbewußtes Verständniß dessen, was, im Gegensatz der antiken römischen Rechtsansicht, die einheimische Sitte, das deutsche Rechts- und Volksleben erfordert.“ Daraus ergibt sich aber die Verkehrtheit des Strebens, das heutige römische Recht von solchen sogenannten Mißverständnissen reinigen und, gestützt auf bessere historische Erkenntniß, neue Hilfsmittel u. s. w.,

Digitized by Google

es in seiner reinen Gestalt wieder erwecken zu wollen. Durch solche, keineswegs vereinzelt stehende Aeußerung, ist gewiß keine geringe Bürgschaft dafür gegeben, daß es die Wahrheit der Sache ist, die alle diejenigen ergreift, welche auf einem freien Standpunkt geschichtlicher Forschung stehen. Es ergibt sich daraus zugleich die freudige Wahrnehmung, wie eine Reaction gegen die einseitig-historische Richtung eingetreten ist, wie die Juristen, von verschiedenen Punkten ausgehend, einem Ziele entgegenstreben, und an der Begründung einer echt vaterländischen Rechtswissenschaft mit gemeinsamen Kräften zu arbeiten begonnen haben.

Als den Gegenstand, woran es hier sich darstellen sollte, daß ein solches Streben nicht unfruchtbar ist, habe ich die Lehre von Spiel und Wette bezeichnet, die, um dann von derselben auch eine Anwendung auf ein der neuen Zeit angehöriges Verkehrsverhältniß machen zu können, erläutert werden sollte. Die Aufgabe, die ich mir dabei gestellt habe, oder die sich mir vielmehr aufgedrängt hat: zu zeigen, daß die bei uns herrschenden Grundsätze ihrem Wesen nach dem deutschen, nicht dem römischen Recht angehören, erfordert aber eine ausführlichere und zahlreichere Darlegung von Beweisen aus den Rechtsquellen, die, wenn auch bekannt und zugänglich, doch nicht Jedem sogleich zur Hand sein möchten, und die gerade in ihrer Nebeneinanderstellung dazu dienen, den Gang der Rechtsentwicklung überzeugend darzuthun; weil aber dadurch die Arbeit die Grenze überschritten hat, die für die Mittheilung in diesem Hefte eingehalten werden mußte, so gebe ich hier, als eine für sich bestehende Abhandlung, eine Erörterung der über das Spiel bei uns geltenden Rechtsansichten und Grundsätze, welche den umfassendsten, die Grundlage gebenden Theil der ganzen im innern Zusammenhang stehenden Arbeit ausmacht, und werde in einem nächstfolgenden Aufsatz das Verhältniß von der Wette zum Spiel, nach römischer und deutscher Rechtsansicht zu entwickeln und dann die Beantwortung der Frage, die zu dieser Arbeit wenigstens die erste Veranlassung gegeben hat, zu gewinnen suchen.

---

Digitized by Google

## A. Das Spiel in ſeinem Verhältniß zur Geſetzgebung überhaupt.

Das Spiel iſt bei den Römern, wie bei den Deutſchen der Gegenſtand einer beſonders thätigen und eingreifenden Geſetzgebung geworden; die Pandekten weiſen auf eine Reihe Senatsbeſchlüſſe, Beſtimmungen im prätoriſchen Edicte hin, und Juſtinian hat in beſondern Conſtitutionen eine Art Reviſion der bis dahin geltenden Rechtsgrundſätze vorgenommen; der Inhalt der deutſchen Rechtsquellen ſoll in dieſer Abhandlung dargelegt werden. Durch die römiſche, wie deutſche Geſetzgebung iſt die nach unſeren Rechts- und Staatsbegriffen einem jeden freien Manne zuſtehende Befugniß ſeine Beſchäftigung im Einzelnen wie im Ganzen zu beſtimmen, über Zeit, Kräfte, Vermögen in der Regel frei zu verfügen, ſich gegen Andere rechtskräftig verbindlich zu machen, in Beziehung auf das Spiel mannigfach beſchränkt worden. Man hat bei dieſen Beſchränkungen aber entweder nur gewiſſe Arten von Spielen vor Augen gehabt, oder es haben dieſe doch die nächſte Veranlaſſung ſelbſt da gegeben, wo man weiter gegangen iſt. Es ſind dieſes aber diejenigen Spiele, die in gewinnſüchtiger Abſicht betrieben werden. Es gehört dieſes aber keineswegs zum Weſen des Spieles überhaupt, ſelbſt nicht derjenigen Spiele, deren regelmäßige Einrichtung es mit ſich bringt, daß ein Gewinn und Verluſt, welcher ſich nach dem ſtillſchweigend oder ausdrücklich eingegangenen Spielvertrag richtet, dabei ſtattfindet. Der eigentliche, im Begriff des Spieles begründete Zweck, worauf auch der allgemeine Gebrauch des Wortes zurückweiſt, iſt Unterhaltung, Verkürzung der Zeit. Das Spiel gehört vorzugsweiſe dem Kindesalter an, wo das Leben nur noch Luſt und Genuß iſt, es dient aber auch zur Zerſtreuung, Erholung für diejenigen, welchen der Ernſt des Lebens mit ſeinen Arbeiten, Mühen und Sorgen ſchon nahe getreten iſt. Es verbindet ſich damit die Vorſtellung einer Beſchäftigung ohne Anſtrengung, daher das, was Jemandem leicht wird, und auch wohl die Ausübung einer Kunſt, weil die Uebung hier Fertigkeit und Leichtigkeit erzeugt hat, — beſonders wenn ſie erheiternd wirkt (wie die Tonkunſt), — Spiel genannt wird. Spiel und Arbeit werden einander entgegengeſetzt, und während dieſe die Grundlage und das Band der bürgerlichen Geſellſchaft ausmacht, iſt das Spiel in volkswirthſchaftlicher Beziehung

Digitized by Google

eine Beschäftigung ohne eigentliche Hervorbringung, ohne weitere Frucht und Ergebniß. Es hat aber das Alterthum das Spiel — wie eine vernünftige Leitung desselben bei uns auch ein Mittel zur Kindererziehung ist — zum Zweck der staatsbürgerlichen Erziehung gebraucht; so sind die sogenannten Wettspiele ein besonderer Gegenstand der gesetzgeberischen Aufmerksamkeit und Pflege geworden. Spiele der Art, sie mögen öffentlich oder als Privatübung stattfinden, werden auch, wenn dem Sieger ein ausgesetzter Preis, möge er in einem bloßen Siegeszeichen oder auch in Geld oder Geldeswerth bestehen, zuerkannt wird, dadurch nicht zu Gewinnspielen. Ein Gleiches ist aber auch der Fall, wenn das Spiel nicht eigentlich in einer Darlegung überlegener Körper- und Geisteskräfte besteht, aber die Mitspieler sich es doch in irgend einer Weise zuvorzuthun suchen, eine Art Kampf und Sieg stattfindet, der bald durch irgend eine Fertigkeit, bald durch Gunst des Glückes oder wohl durch Beides zugleich herbeigeführt wird, so lange der eigentliche Zweck hier die Unterhaltung bleibt, der Gewinn dabei, wenn er auch in Geld besteht, nur als das Secundäre in Betracht kommt. Wenn aber der Preis des Sieges, der Gewinn seines Werthes wegen Gegenstand des Wetteifers wird, wenn er es ist, der zum Spiele hinzieht, so ändert sich der Charakter des Spieles, das Wett- oder Unterhaltungsspiel wird zum Gewinn- und nothwendig auch zum Wagespiel, weil da, wo viel gewonnen werden soll, auch in irgend einer entsprechenden Weise eingesetzt und möglicher Verlust erwartet werden muß. Man könnte selbst sagen, daß es damit (wiewohl man oft gerade an diese letzte Gattung bei dem Worte Spiel vorzugsweise zu denken pflegt) seinen Charakter als Spiel überhaupt aufgibt; es verschwindet, wo die gewinnsüchtige Absicht hervortritt, die Harmlosigkeit, die in dem Wesen des Spieles als solchen begründet ist, und das leichtere, dem Ernst entfremdete Interesse, welches das Spiel als Unterhaltung gewährt; statt Erholung von der Arbeit zu gewähren, wird das Spiel zum Mittel des Erwerbes, ohne darum aufzuhören eine für das bürgerliche Leben eigentlich unproductive Thätigkeit zu sein. Da bei den Gewinnspielen Alles lediglich darauf ankommt, daß eine Entscheidung, und wohl zugleich auch daß diese möglichst schnell und in rascher Folge herbeigeführt wird, so folgt daraus, daß die Vornahme, die als Spiel gilt, wie es bei unsern sogenannten Hazardspielen meist der Fall ist, gewöhnlich

ſehr vereinfacht wird, denn eine erforderte Fertigkeit oder Geſchicklichkeit hält den Ausgang auf und macht dieſe Spiele weniger für Jeden geeignet, der, worauf es hier ja allein eigentlich ankömmt, die Einſätze wagen kann und will. Doch iſt es nicht nothwendig, daß das Gewinnſpiel in der bezeichneten Art eingerichtet iſt, die Fertigkeit und Geſchicklichkeit darauf keinen oder nur einen ſehr untergeordneten Einfluß hat, und Glück oder Zufall ausſchließlich oder doch am meiſten entſcheidet. Jedes urſprünglich nicht darauf berechnete Spiel kann zum Gewinnſpiel werden, wenn es in einer ſolchen Weiſe betrieben wird, daß alle übrigen Intereſſen dabei zurückgedrängt werden, ein bedeutender Glückwechſel oder Umſatz von beträchtlichen Summen unter den Spielern möglich wird. Es kann dieſes aber beſonders auch dadurch geſchehen, daß die Einfachheit des Spieles, die Schnelligkeit der Entſcheidung möglichſt durch die Höhe des Satzes erſetzt wird. Es gibt mithin Spiele, die ſchon ihrer Einrichtung nach darauf berechnet ſind, um als Gewinnſpiele gebraucht zu werden, bei deren Ausübung die Vermuthung in der Regel ſehr nahe liegt, daß ſie in gewinnſüchtiger Abſicht geſchehen iſt, während bei den übrigen dieſes erſt durch das Hinzutreten beſonderer Umſtände geſchieht. Das Spielen in gewinnſüchtiger Abſicht iſt es, was bei den Römern ſowohl als den Deutſchen eine beſondere Geſetzgebung über dieſen Gegenſtand hervorgerufen hat, und begreiflich ſind es die eigentlichen Gewinn- und Wageſpiele, die dabei vorzugsweiſe in Betracht kommen; aber es hat die Geſetzgebung auch wohl, um möglichem Mißbrauch vorzubeugen, alle Spiele um Geld, ſelbſt wenn aus der Natur oder dem Gebrauch derſelben nicht hervorgeht, daß der zu machende Gewinn das dabei Vorwaltende iſt, in ihren Kreis gezogen. So verſchieden auch der Inhalt der das Spiel betreffenden Geſetzgebungen iſt, ſo geht die Tendenz doch immer dahin, demſelben gewiſſe engere Schranken zu ſetzen. Der Grund ſolcher Beſchränkung iſt aber nicht, daß das Spiel an ſich, auch wenn um Geld geſpielt wird, als etwas Unſittliches angeſehen wird. Nur in Beziehung auf die Geiſtlichen würde ſich behaupten laſſen, daß das Spielen als eine ihnen unziemliche und nicht erlaubte Beſchäftigung angeſehen worden iſt*); es haben die ältern Schriftſteller über das Spiel ſich daher auch viel mit der

*) S. auch Novella 123. c. 10.

Frage beschäftigt, ob ein Geistlicher Schach spielen dürfe, und wohl oft, besonders aus dem Grunde, weil es sehr zeitraubend sei und die dem geistlichen Beruf zu widmenden Stunden in Anspruch nehme, dieselbe verneint. Man kann auch im Allgemeinen keine Unsittlichkeit darin finden, Gewinn und Verlust von einem ungewissen Umstand, von Ereignissen, die nicht durch unsere Einwirkung und Leitung bestimmt werden, abhängig zu machen; man hat freilich darin wohl zuweilen einen Grund für die Spielverbote finden wollen, wiewohl doch sonst die aleatorischen Verträge, denen man Spiel und Wette wohl (ohne daß dadurch ein Standpunkt, von dem aus dieselben eigentlich zu beurtheilen sind, gewonnen wird) unterordnet, weder beschränkt noch verboten sind. Es scheint mir, als hätte man sich auch das Unterscheidende zwischen dem Gewinnspiel, denn von diesem kann hier eigentlich nur die Rede sein, und den übrigen aleatorischen Verträgen nie recht klar gemacht; dieser dürfte aber, wie ich glaube, darin bestehen, daß bei diesen ein ungewisser, Gewinn oder Verlust herbeiführender Ausgang, bereits als der stets nicht von unserer Lenkung abhängende Erfolg aller zur Ausübung des Gewerbes und der Lebensbeschäftigungen gehörenden Unternehmungen schon gleichsam verhängt ist, und nun der Eine die Gefahr für den Andern ganz oder theilweise übernimmt, während das Spiel eine mit unsern übrigen Lebensbeschäftigungen nicht in Verbindung stehende Handlung ist, durch welche ein Wechsel von Glück und Unglück, ein Uebergang von Vermögen aus der Hand des Einen in die des Andern, ohne anderweitige in den bürgerlichen Verkehr eingreifende und erforderliche Thätigkeit herbeigeführt werden soll. Der Spieler unterwirft sich nicht, wie wir es Alle müssen, dem Geschick; er fordert es heraus, um ohne Arbeit zu erwerben. Das Spiel ist aber ein Gegenstand besonderer legislativer Aufmerksamkeit geworden, weil es, wenn es in solcher gewinnsüchtiger Absicht betrieben wird, die Leidenschaften bis zu verbrecherischen Ausbrüchen steigert, bei dem plötzlichen, stets erneuten Glückswechsel hier zur Nichtachtung der Glücksgüter, wie dort zur Verzweiflung treibt, den Wohlstand der Familien untergräbt, weil es von förderlicher, dem Gemeinwesen direct oder indirect zu Gute kommender Thätigkeit abzieht, und leicht und oft dazu benutzt wird, wie die Erfahrung stets gezeigt hat, um sich die Unerfahrenheit oder Leidenschaft Anderer zu Nutzen zu machen und sich auf ihre Kosten selbst in betrügerischer

Digitized by Google

Weise zu bereichern. Diese Gründe sind auch in größerer oder geringerer Zahl neben einander in den Spielgesetzen aller Zeiten als Grund der besondern beschränkenden Normen angegeben worden. Man hat aber die, um diesen Gefahren zu begegnen, nothwendig erachteten Beschränkungen der Spielfreiheit auf verschiedene Weise zu erreichen gesucht und zwar, indem man den Forderungen, die aus dem Spiele selbst oder bei Gelegenheit desselben, z. B. durch Darlehn zu Spiel, wodurch dieses gefördert wurde, entstanden sind, den Rechtsschutz entzog, den Spielvertrag in der Art für nichtig erklärte, daß sogar Rückforderung des Bezahlten gestattet war, oder bestimmte, daß das Spielgeld fiscalisch eingezogen und noch andere Strafen und Rechsnachtheile die Spieler oder Beförderer des Spieles treffen sollten. Es sind dieses gleichsam Stufen einer fortschreitenden Beschränkung. Ein noch in nahen und fernen Kreisen im frischen und rühmlichen Andenken lebender, aber nicht immer in gleichem Maße besonnener und, selbst wo seine Werke den Schein eines umfassenden Quellenstudiums tragen, nicht immer so gründlicher, als geistreicher und scharfsinniger Schriftsteller, Ed. Gans*), hat die Ansicht durchzuführen gesucht, daß das römische Recht bei dem Spiele und der Wette von einer ganz andern Grundansicht ausgehe, als die dem modernen Rechte und so namentlich der preußischen Gesetzgebung zu Grunde liege. Jenes werde durch das Princip der Strafbarkeit bestimmt, diesem liege das Princip der Gleichgiltigkeit zu Grunde. Bei den Römern nämlich sei das Spiel überhaupt als etwas Unrechtes, Gehässiges betrachtet worden, daher habe es Pönalsanctionen gegen das Spiel aufgestellt; bei uns sei die Ansicht vom Spiel eine mildere, „weil das Vertrauen auf Hoffnungen und die Sitte, vom ungewissen Ausgang eines Ereignisses etwas abhängig zu machen, weit mehr in das moderne Leben als in das Alterthum eingedrungen sei; deshalb werde das Spiel nicht als strafbar angesehen, aber weil es nicht in der Nothwendigkeit des Verkehrs begründet sei, lasse ihm der Staat keinen Rechtsschutz angedeihen, verhalte sich dagegen gleichgiltig, daher eine Spielschuld nicht eingeklagt werden könne u. s. w.“ Es ist auch dieser Darstellung, wohl weil man von ihrem Urheber kaum etwas

*) Ueber Spiele u. Wetten in Ed. Gans' Beiträgen z. Revision der preuß. Gesetzgebung (Berlin 1832), Bd. 1, S. 164 ff.

Digitized by Google

Anderes glaubte erwarten zu dürfen, und weil sie auf den ersten Anblick etwas Blendendes hat, von einem um die Wissenschaft des preußischen Rechtes hochverdienten, rühmlichst bekannten Gelehrten das Prädicat „geistreich und scharf" zu Theil geworden, während, wie es mir scheint, ein genaueres Eingehen in die Sache, einem Jeden die gänzliche Unhaltbarkeit, dieser eines jeden Fundamentes ermangelnden, zu falscher Beurtheilung der Gesetze verleitenden Auffassung nahe bringen muß. Da sich dieses aber vollkommen überzeugend erst im Laufe der hier folgenden Untersuchung hervorstellen wird, so mögen hier nur zur Rechtfertigung dieses Urtheils folgende Bemerkungen dienen. 1) Wenngleich in den positiven Rechten für die Eingehung gewisser oder aller Verträge besondere Formen vorgeschrieben sind, so daß jene nur, wenn diese beobachtet worden, eines vollkommnen Rechtsschutzes genießen, so kann man doch nicht sagen, daß die Wirksamkeit der Verträge erst durch eine bestimmte Anerkennung und Zusicherung des Rechtsschutzes, welche erfolgt, wenn sie als in der Nothwendigkeit des Verkehrs begründet erscheinen, hervorgerufen werde. Aus dem Begriffe der Person und des Eigenthums geht es hervor, daß ein Jeder gegen Andere Verbindlichkeiten eingehen kann, so daß diese dadurch ein Recht auf deren Erfüllung erwerben. Jedem positiven Recht liegt die Regel zu Grunde: **pacta sunt servanda**, und wenn dabei, abgesehen von den zu beobachtenden Formen, durch welche nur meist das Vorhandensein eines wirklichen Vertrages außer Zweifel gestellt werden soll, auch *materielle* Beschränkungen eintreten, so sind diese eben als eine Abweichung von jener Regel zu betrachten. Solche Beschränkungen sind aber in jedem Fall ein positives Institut und beruhen auf besonderen Gründen, welche sie hervorgerufen haben, so daß man nicht sagen kann, daß der Staat, wo er einem Rechtsgeschäft seinen Schutz nicht angedeihen lasse, sich dagegen gleichgiltig verhalte, indem er gerade hier sehr bestimmt eine Willensmeinung ausdrückt. Von einem Princip der Gleichgiltigkeit, wie es der Verf. aufstellt, kann daher hier überhaupt gar keine Rede sein, und es ist in Beziehung auf das Spiel gewiß nicht vorhanden, wenn in einem Rechtssystem der Satz *ausdrücklich* ausgesprochen wird: daß wegen einer Spielschuld eine Klage *nicht* stattfinden soll; es wird hier vielmehr einer Forderung, weil sie unter bestimmten Verhältnissen entstanden ist, in Beziehung auf diese, die Wirksamkeit die sie sonst

Digitized by Google

haben würde, aus legislativen Gründen entzogen. — 2) Ein solcher Gegensatz zwischen dem römischen und dem neuern Recht, wie ihn der Verfasser annimmt, ist gar nicht vorhanden. Das römische Recht unterschied zwischen erlaubten und verbotenen Spielen, die in Beziehung auf die ersten eingegangenen Verträge waren vollkommen rechtsbeständig; das Betreiben verbotener Spiele galt als widerrechtlich und strafbar, bis Justinian bestimmte, daß eine Strafe nicht eintreten*), sondern nur die bei dem Spiel eingegangenen Verbindlichkeiten durchaus nichtig sein sollten. Bei den Deutschen war ursprünglich der Spielvertrag wirksam, wie jeder andere; erst allmälig kam man dahin, diese Wirksamkeit zu beschränken, und etwa seit dem 14. Jahrhundert fing man an zwischen erlaubten Spielen und verbotenen zu unterscheiden, doch in der Weise, daß auch eine aus den erstern entstandene Schuld nicht eingeklagt, das Bezahlte aber auch nicht zurückgefordert werden konnte, während die Ausübung der letztern mit Strafe bedroht war, so wie ja noch jetzt fast in allen unsern Staaten besondere Spielstrafgesetze, gegen die sogenannten Hazardspiele insbesondere, bestehen, die ihrer Grundlage nach nur weit weniger neuern Ursprungs sind, als man es gewöhnlich angenommen hat. Es wird der Nachweis dieser Angaben einen Hauptgegenstand unserer Abhandlung ausmachen. Während also im Justinianeisch-römischen Recht die Spielgesetzgebung in gewisser Beziehung milder geworden ist, ist man in Deutschland auf dem Wege einer mehr und mehr hervortretenden Strenge vorgeschritten. Wie läßt sich hier sagen, daß dem römischen Recht das Princip der Strafbarkeit, dem deutschen das der Gleichgiltigkeit gegen das Spiel zu Grunde liegt? 3) Es gilt dieses aber auch von dem Verhältniß des preußischen Rechts zum römischen, da jenes sich ganz den deutschrechtlichen Grundsätzen anschließt. Es ist in dem preußischen Landrecht von dem Spiel und der Wette an zwei verschiedenen Orten die Rede; an dem einen (Th. I, T. 11, §. 577—581) wird von den erlaubten Spielen gehandelt, und das Wesentlichste der Bestimmungen ist, daß eine daraus entstandene Forderung nicht eingeklagt werden kann, während ein Rückforderungsrecht nicht stattfindet; an dem andern (II. 20, §. 1298—1307) wird bestimmt, welche Spiele, unter welchen Bedingungen und wie dieselben strafbar sind.

*) C. 3. Cod. de aleatoribus: nulla sequatur condemnatio.

Digitized by Google

Wie soll man es aber sich erklären, daß der Verfasser eines Aufsatzes, worin der Geist der preußischen Spielgesetzgebung dargelegt werden soll, jene letzteren Bestimmungen ganz ignorirt, der unerlaubten Spiele mit keiner Silbe erwähnt und dieser Gesetzgebung das Princip der Gleichgiltigkeit gegen das Spiel unterlegt? Daß dieses aber geschehen konnte (einem bloßen Vergessen halten wir uns nicht berechtigt es zuzuschreiben), zeigt eben, wie sich in dieser Abhandlung hervorstellen wird, daß der genannte Autor das Wesen der Sache, die Entstehung und den innern Zusammenhang der preußischen Spielgesetzgebung durchaus nicht gehörig erkannt hat. Es kann jener Aufsatz aber zum Beleg dienen, wie eine rationelle Behandlung des Rechts, die es sich zur Aufgabe stellt, den Institutionen gleichsam ihren Geist abzufragen, sie auf die ihnen zu Grunde liegenden allgemeinen Principien zurückzuführen, allerdings allein den Anspruch auf die Bezeichnung wissenschaftlich machen kann, sofern sie nämlich auf einer gründlichen, durch Erforschung der Quellen erworbenen Erkenntniß des Entwicklungsganges des Rechtes beruht, ohne diese letztere um so verderblicher wird, weil sie nicht nur Irrthümer erzeugt und verbreitet, sondern dieses in einer blendenden und verführerischen Weise thut, welche der Geringschätzung der durch Mühe zu begründenden, soliden Basis des Wissens nur zu sehr Vorschub leistet; daher eine solche Richtung noch schädlicher werden könnte, als die einseitig geschichtliche, weil sie die Wurzeln der Wissenschaftlichkeit verdorren macht.

## B. Die deutschen Rechtsgrundsätze über das Spiel.

### I. Aelteres Recht. Entstehung der Unwirksamkeit der Spielschulden.

Aeltere Schriftsteller insbesondere haben behauptet, das deutsche Recht habe überhaupt das Spiel nicht als unerlaubt und die bei demselben eingegangenen Verbindlichkeiten als rechtsbeständig betrachtet, während man in neuerer Zeit sich wohl zu der Ansicht hingeneigt hat, das ältere deutsche Recht habe dem römischen schon näher gestanden als es gemeinhin angenommen worden*). Beide An-

*) Mittermaier, deut. Priv.-R. §. 298.

ſichten ſind richtig, und das Wahre beſteht hier eben in der Vereinigung derſelben. Beſchränkungen und Verbote in Bezug auf das Spiel ſind in Deutſchland erſt allmälig entſtanden, doch unabhängig vom römiſchen Recht, und ohne daß dabei eine beſondere Mitwirkung der Geiſtlichkeit, ein Einfluß des kanoniſchen Rechtes, welches beſonders Spielverbote für die Geiſtlichkeit enthielt, bemerkbar wird. Phillips[1]) will freilich der durch das Chriſtenthum bewirkten Umwandlung der religiöſen Vorſtellung der Germanen, mit welcher er das Spiel in Verbindung bringt, es zuſchreiben, daß das Spiel den Charakter einer ſtrengern Verbindlichkeit verloren habe; allein es fehlt dafür nicht allein der dieſe Anſicht ſtützende Nachweis, ſondern es ſpricht dagegen die erſt ſo ſpät hervortretende Beſchränkung. — Um die Anſicht der Deutſchen über das Spiel zu begründen, beruft man ſich gewöhnlich auf die Erzählung des Tacitus, welcher berichtet, es hätten die Deutſchen das Spiel wie ein ernſtes Geſchäft und mit höchſter Leidenſchaftlichkeit betrieben, ſo daß ſie zuletzt, wenn Alles verſpielt war, ſelbſt ihre Freiheit eingeſetzt hätten. Das gänzliche Schweigen der Volksrechte, ſowie der ſkandinaviſchen Rechtsquellen möchte vermuthen laſſen, daß der Spielvertrag eine eben ſo vollkommen bindende Verbindlichkeit wie jeder andere Vertrag erzeugte. Die erſte Spur einer beſchränktern Wirkſamkeit zeigt ſich im Sachſenſpiegel, indem der Erbe, der ſonſt, ſo weit die fahrende Habe reichte, für die Schulden des Erblaſſes aufkommen mußte, von der Verpflichtung freigeſprochen wurde, die Spielſchuld zu bezahlen.

> Sve[2]) ſo dat erve nimt, die ſal dur recht die ſcult gelden alſo vern, als it erve geweret an varender have. Düve noch roſ noch dobelſpel n'is he nicht plichtich to geldene.

Außerdem enthält das ſächſiſche Landrecht nur noch die Beſtimmung, daß wenn ein Knecht ſeines Herrn Gut verſpielt, verkauft, verpfändet oder ſonſt veräußert, der Herr es wiederfordern kann, daß dem Herrn aber kein Klagerecht zuſteht, wenn der Knecht ſein eigenes Gut in der benannten Weiſe verbringt, weil er ihm

1) Phillips, deutſches Privatrecht, Bd. 1, S. 504.

2) S. Sp. I. 6. §. 2. Es iſt dieſes vielfach in anderen Rechtsbüchern und Statuten wiederholt. S. auch Berk, bremiſche Güterrechte der Ehegatten, S. 90.



Digitized by Google

nicht zu erſetzen braucht, wenn er ihm auch ſonſt Verluſte erſetzen müßte [1]). In Beziehung auf das Spiel läßt ſich daraus weiter nichts entnehmen, als daß man das im Spiel Verlorene nicht wieder zurückfordern konnte, aber es ergibt ſich nicht, ob eine Klage wegen des Verlorenen gegen den Spieler Statt fand. Ließe das ſächſiſche Landrecht hierüber auch noch einigen Zweifel übrig, ſo wird dieſer durch das Rechtsbuch nach Diſtinctionen gehoben, welches die Verbindlichkeit einer Spielſchuld nach Landrecht ausdrücklich und im Gegenſatz zum Weichbildrecht anerkennt.

> Wer [2]) in lantrecht dem andern beclait umb topelſpil und bekennet man daz an gericht ob einer clait der in dem gericht nicht ein dingpflichtichte iſt: ſo ſchol der richter dem darumb helfen. So nimpt er den dritten pfening, ob man es nicht vorſacht.

Im J. 1331 am 9. Octbr. ſchloß der Graf Ulrich von Württemberg einen Vergleich mit der Stadt Eßlingen, in welchem abſeiten der Stadt verſprochen wurde, daß wenn ein württembergiſcher Unterthan im Spiele daſelbſt Schulden gemacht, man ihn deshalb nicht feſthalten und keinen Zwang gegen ihn üben, ſondern nur was er bei ſich führt abpfänden und wegen des weitern Anſpruchs ihn bei dem Gerichte, darin er beſeſſen, oder dem er ſonſt unterworfen, belangen ſollte [3]).

Wenngleich die Befreiung des Erben von der Pflicht, die Spielſchuld zu gelten, als die erſte Spur einer Anſicht betrachtet werden muß, wornach man eine ſolche Verbindlichkeit als eine nicht zu begünſtigende anzuſehen anfing, ſo war ſie aber dennoch nicht nur eine zu Recht beſtändige und klagbare, ſondern es wurde die Spielſchuld, inſofern die Bezahlung ſogleich, ehe die Parteien auseinander gegangen waren, verlangt wurde, als eine ſo liquide Schuld angeſehen, daß ſelbſt da, wo ſonſt dem Gläubiger ein Pfändungsrecht wegen kundlicher, unläugbarer Schuld nicht mehr geſtattet war [4]), daſſelbe in dieſem Falle doch noch geübt werden durfte.

1) S. Sp. III. 6. §. 1, 2. Es iſt auch dieſes in vielen Rechtsbüchern und Statuten wiederholt.

2) Rechtsb. n. Diſt., herausg. von Ortloff. IV. 36. d. 11. vgl. d. 10.

3) In Reyſcher, Sammlung württemb. Geſetze. Bd. 4. S. 5.

4) S. mein Pfändungsrecht im 1. Band dieſer Zeitſchrift S. 190 ff. 199 ff. beſ. S. 202.

Digitized by Google

(Pfenden[1]) ob dem Spill.) Und ob dem ſpil mag einer den andern auch pfenden. Lezet er in aber gen vnd kumt von dem Spilbret mit ſeinem willen. oder on ſeinem willen. ſo ſchol er hin nach im mit rehte darumb ſprechen und ſuſt nicht darumb pfenden.

Der vorhergehende §. 124 handelt von der Pfändung um Zins, die nicht ſo beſchränkt war wie die wegen einer Spielſchuld, ſondern ſo lange geübt werden konnte, als der Zins unberichtigt war. Wegen anderer Schuld durfte nach bamberger Stadtrecht (§. 122) keine Pfändung ohne Urtheil und gerichtliche Erlaubniß (on gerehte vnd on reht) nicht geübt werden. Wenn ſich der Schuldner der Zahlung oder Pfändung zu entziehen ſuchte, oder wenn er kein hinreichendes Pfand bei ſich hatte, ſo konnte man ſich ſelbſt ſeiner Perſon verſichern, wie dieſes beſonders aus einer (wahrſcheinlich aus einer andern Rechtsquelle entnommenen) Stelle in der Bearbeitung des ſächſiſchen Weichbildes, welche von Thüngen aus einer heidelberger Handſchrift neuerlichſt herausgegeben hat[2]), hervorgeht:

Vorſpilt eynn man yn des andern hauſe und hat er nit pfandes er mag yn woll vor dy ſchult auff halden ynen ſyner gewernn. Byß das er ym das ſyne vorgilt. kumpt aber yener hynn wegk her kan ym nicht angewynnen Den ſeyn Bloß recht.

Es heißt dieſes Leztere: es ſteht ihm dann blos noch ein Klagerecht zu, doch kann er weder pfänden noch ſich der Perſon des Schuldners bemächtigen. Wenngleich hier ſupponirt wird, daß in dem Hauſe des Gläubigers geſpielt wurde, ſo war doch das Recht, den Schuldner aufzuhalten oder zu pfänden, keineswegs dadurch bedingt, es war dieſes vielmehr ein Recht, welches dem gewinnenden und unbefriedigten Mitſpieler zuſtand, wo auch geſpielt ſein mochte; dieß ſcheint namentlich noch durch eine Beſtimmung in dem alten, wohl dem 13. Jahrhundert angehörigen lüneburgiſchen Stadtrecht, welches Dreyer herausgegeben hat, beſtätigt zu werden:

So eyn[3]) Mahn Gelt verdobelede, unde worde umme dat

1) Bamberger Stadtr. §. 125, bei Zöpfl: das alte bamberger Recht als Quelle der Carolina (Heidelb. 1839), Urkundenb. S. 39.

2) Sächſiſches Weichbild nach dem Codex Palatinus Nr. 461. Herausg. von v. Thüngen (Heidelb. 1839), Art. 349.

3) Jura vetustissima civit. Luneb. (in Dreyer's Nebenſtunden S. 376) c. 36.

Gelt ſlaten by dath Breth, queme he van Eventüre weg, ſo mach ehne nemandt umme dath Gelt beſchuldigen. Worde he aver ghenamen von dem Brede mit Gewalt, men ſchall ehme darume beſchuldigen vor dem Vagede, wes he bekent de twe deel ſchal he geven dem Sakewalden, den dridden Deel dem Vagede.

Daß von jeder eingeklagten Spielſchuld der Richter den dritten Theil erhielt, was nach den Diſtinctionen nur dann im Landrecht der Fall war, wenn der Kläger ein Gaſt war, findet ſich auch noch in andern ſtatutariſchen Rechten, ſo z. B. in dem älteſten hamburgiſchen Stadrecht [1]):

—wente van Duve und van Rove dat Gaſten angeit unde van Wedde, unde van Dobelesſpele dat vor Rechte vorklaget werd, hevet dat Richte dat drüdde Deel.

Während das alte Stadtrecht von Braunſchweig von den obigen Satzungen eine Ausnahme macht und beſtimmt, daß man wegen Spielſchuld niemand feſthalten, ſondern ihn nur gerichtlich belangen ſoll:

Vmme [2]) dobbelſpel ſcal me nemende vpholden, he ſi jungh eder alt, den jungen de neyn gud hefft mach me nicht umme dobbelſpel vorclaghen vor gerichte, den olden de eghen gud hefft, mach me vor gerichte vorclaghen umme dobbelſpel.

war in Lüneburg das Klagerecht ſelbſt dadurch bedingt, daß man den Schuldner gleichſam wie einen auf handhafter That ergriffenen Miſſethäter vor Gericht brachte; war er entkommen, ſo konnte man ſeine Forderung nicht weiter geltend machen. Aber eine unbedingte Aufhebung der Klagbarkeit der Spielſchuld findet ſich zuerſt in dem etwa gleichzeitigen magdeburgiſchen, im J. 1261 nach Breslau geſchickten Schöffenrecht, welches (Art. 51) beſtimmt [3]), daß, wenn Jemand um Spielſchuld beklagt wird, er nicht darum zu antworten

1) Hamburg. Stadtr. v. 1270, XII. 7., b. Anderſon, hamb. Priv.-R. Bd. 1. S. 100.

2) Legg. antiquiss. civit. Brunsw. IV. 57., b. *Leibnitz* Scriptt. Rer. Brunsw. T. III. p. 442.

3) Bei Gaupp, halliſch-magdeb. R. S. 239. Magdeb.-görlitzer R. von 1304, Art. 107. Daſelbſt S. 305. Alt culmiſches R., Art. 77. (herſg. v. Leman, Berlin 1838) S. 77.

Digitized by Google

braucht. Daher ſetzen die Diſtinctionen hier auch Landrecht und Weichbildrecht einander entgegen:

> In wicpilde [1]) beclait einer den andern umb topilſpil, da en darff man nicht umb antworten, wenn man ſich dez mit rechten urteiln enſait.

Nach einem Zuſatz zu obigem Artikel des magdeburgiſchen Rechtes: „und der Richter ſoll darüber nicht richten", der ſpäteren Bearbeitungen der aus dem magdeburgiſchen Rechte hervorgegangenen Rechtsquellen angehört [2]), wurde, wie es ſcheint, der Richter angewieſen, Spielklagen, ſelbſt wenn der Beklagte die Einrede der Unklagbarkeit nicht eingewendet hatte, von Amts wegen abzuweiſen. Es ſcheint mir aber auf einem Mißverſtändniß zu beruhen, wenn das alte culmiſche Recht ſogar dieſes auf den Fall ausdehnt, wenn Jemand durch falſche Würfel im Spiele betrogen worden:

> Toppil ſpil — heißt es nämlich daſelbſt — [3]) iſt eyn ſpil von mutwillen. wehn des ſpiles luſtet. der ſal dy wurfele vor beſeen. vnde ſal ſich vor trogene huten. wenne der richter ſal obir toppil ſpil nicht richten. Sunder dy ratmanne dy in den ſteten ſynt. dy mogen myt der wiſſeſten lute rate wol willekore ſetzen obir toppil ſpil vnd obir valſche wurfele und das ſturen. vf das dy lute myt toppilſpile nicht tzu ſere beſchediget werden.

Wegen Betruges beim Spiel wurde nämlich, es mochte die Spielſchuld gerichtlich gefordert werden können oder nicht, ſonſt immer eine Klage geſtattet, ſo wie die, welche den Betrug geübt, namentlich mit falſchen Würfeln geſpielt hatten, hart beſtraft wurden. Es läßt ſich beſonders das alte augsburgiſche Stadtrecht hierfür zum Belege anführen:

> Iſt [4]) auch daß Leüth mit einander ſpielen bey der nacht, und das vor Gericht zu klage komt und einer klagt, daß ihm der ander ſein gut mit unrecht angewunnen hat, daſſelb ſpiel, es ſey verbürget oder nicht, ſoll kein krafft haben, und ſoll der da gewunnen hat ein Jar aus der ſtat ſeyn.

---

1) Rechtsb. n. Diſt. IV. 36. d. 9, ſ. oben S. 146.
2) Sächſ. Weichb. (b. Ludovici), Art. 101.
3) Alt-culm. R., a. a. O. Art. 78.
4) Alte augsb. Statuten von 1276, Art. 397. §. 2. b. Walch, Beitr. Bd. 4. S. 393.

Digitized by Google

Wer mit*) dem andren spilt mit hohlen Würfflen, oder mit gefülten würfflen — wird er deß bewärt selb dritt mit den die es gesehen haben, so soll man ihm die hand darum heißen abslagen ꝛc.

Die Urheber jener Anordnung, wodurch die Klagbarkeit der Spielschulden aufgehoben wurde, scheinen zunächst nur die Absicht gehabt zu haben, ein übermäßiges Spiel zu verhindern, und daß im Taumel der Leidenschaft die Bürger nicht etwa verleitet werden sollten, ihr Vermögen ganz oder großentheils auf's Spiel zu setzen. Dazu schien jene Maßregel im Allgemeinen zu genügen, und es blieb dem Gewinner die Befugniß, sich an das, was der Spieler mit sich führte, zu halten. So sagt die Glosse zu B. III. Art. 6. des Sachsenspiegels:

Hätte auch einer sein Gut verspielt, und hätte ferner nicht zu geben, was er verspielt hat, man darf ihn darum vor keinen Richter beklagen. Man darf ihn auch nicht höher pfänden, denn um das, was er um und an hat. Entläuft er, so ist er gar los.

Es passen diese Bemerkungen aber nicht zum sächsischen Landrecht, da zur Zeit, als dieses verfaßt wurde, eine Spielschuld, wie jede andere gegen den Schuldner, so lange er lebte, eingeklagt werden konnte und er mit seinem Vermögen, worüber er verfügen konnte, dafür haftete; der Glossator dürfte hier aus dem sächsischen Weichbild geschöpft haben, denn in der lateinischen Uebersetzung in Ludovici's Ausgabe (der deutsche Text ist hier durchaus unklar) heißt es (Art. 104):

De aleae ludo — nec pignorare ad majus poterit, nisi quod circa se habuerit, et si aufügerit liberabitur.

Es wurde daher auch oftmals ausdrücklich verboten, noch irgend

*) Ebendas. Art. 209. S. 215. — In Zürich wurden zufolge des Richtebriev's S. 73 Spieler, bei denen man falsche Würfel gefunden, geschwemmt, d. i. an einen Kahn gebunden durch den See gezogen. S. Hüllmann, Städtewesen Bd. 4. S. 250. In Ulm sollte, wer falsche oder geblidete (gefüllte?) Würfel trug oder damit umging, ein halbes Jahr oder länger, je nachdem es dem Rath gutdünkte, aus der Stadt sein. S. Jäger, Gesch. v. Ulm, S. 540. In Frankfurt am M. wurden falschen Spielern zuweilen die Augen ausgestochen oder sie wurden mit der Karte gezeichnet in den Main geworfen. S. Kirchner's Gesch. v. Frankf. a. M. Bd. 1. S. 589.

Digitized by Google

einen weitern Zwang gegen den Spieler zu üben, wenn das, was es bei ſich führte, was er um und an hatte, zur Bezahlung der Spielſchuld nicht hinreichte. Man durfte ſich daher nicht, wie es ſonſt bei einem zahlungsunfähigen Schuldner der Fall war, an ſeine Perſon halten, oder ihn zur Stellung einer Bürgſchaft nöthigen; war Letzteres geſchehen, ſo war die Bürgſchaft unwirkſam. Verboten war es auch, Jemandem ein höheres Darlehn beim Spiel zu machen, als die Kleider des Spielers werth waren.

Welch Gaſt [1]) in diſe Stadt reit, fehrt oder gehet, Geht er in ein Leuthaus und ſpilet darin tages oder nachts, den ſol niemand weren oder nöten, wan als teür er an hat oder bey ihm hat oder herbringt das ſein eigendlich gut iſt das er zu den Zeiten hie hat. Wirt darüber iemand genötet mit fängknus den ſoll ein Vogt oder ein Burggrav ledig machen. Wär aber daß man ihn benöthe daß er verbürgen müſt, wen das für Gericht komt, das ſoll kein krafft haben. Daſſelb recht hat auch ein ieglich man der in ein Leuthaus geht, und da ſpielt daß den nieman weren ſoll wann als teur er an hat, und auf kein ſein gut das er daheim hat.

Nen [2]) werth noch neman ſchall vp eynen unſen borger an dobelſpele mer geven denne ſine kledere unde ander dinghe wert is, dat he by ſeck hefft noch vp one an dobelſpele winnen; we dat dar boven deyt, ſo mot he dat van ome vorderen vor gerichte: Spenne he one eder beholde he one dar en boven dat moſte he weder den Vogede mit wedde unde dem Sakewalden mit bote.

Gewinnet [3]) auch einer mit topelſpil eime mer an, wenn er by im vnd umbe hat, unde ſpennet in in dy veſſere aber helden daz muz er wider tun, und muz dem ſachwolden buzen und dem gerichte wetten [4]).

Weitere Beſchränkungen fanden noch in Beziehung auf Unmündige Statt. Einige Statuten verordnen, daß ein Unmündiger nicht mehr als ſeine Kleider, die er an hat, ſoll verſpielen können und daß er um

1) Augsb. Stat. v. 1276, a. a. O. Art. 398.
2) Leges Goslar. §. 126, b. *Leibnitz* Scriptt. Rer. Brunsw. III. p. 520.
3) Rechtsb. n. Diſtinct. IV. 36. d. 8.
4) Vergl. daſ. III. 9, 3. mit ſächſ. Landrecht III. 39. §. 1.

Digitized by Google

mehr nicht gepfändet werden kann; was er ſonſt noch bei ſich führte, wurde als nicht ihm, ſondern ſeinem Vater angehörig angeſehen, wenigſtens ſtand dieſem ein Rückforderungsrecht zu:

Man[1]) ſal keines mannes ſun an ſpile hoer verpfenden. wenne alſe vil. alſe cleider am halſe hat. vnd nimet der ſun deme vater ſines gutis icht. iz ſi. was iz ſi — vnd ſetzet iz von ſin ſpilgelt. wo iz denne der vater an kumt mac ſich iz mit gerichte vnderwinden.

Ez en[2]) ſchol auch nieman vf deheinez mannez ſun der nicht eigenz guetez hat dehein pfant haben mer vf in ſpilen danne ſein gewant erlangen ꝛc.

In dem älteſten wiener Stadtrecht (v. 1296) befindet ſich dagegen eine intereſſante Beſtimmung in Bezug auf die Stadtſchüler, worin, um dieſe möglichſt ganz am Spiele zu verhindern, verordnet iſt, daß ſie auch ihre Kleider, Bücher u. ſ. w. nicht ſollten verſpielen, ſondern nur was ſie an baarem Gelde — man mochte dergleichen wohl nur ſelten bei ihnen vorausſetzen — bei ſich führten. Die Verordnung lautet:

Swelich[3]) ſchuler ſpilt in der Tabern der ſol niht mere mügen verliſen, denne er beraiter pfenninge bi im habe: Sein gewant. ſeine buch. oder ander ſeinev pfant ſol im nieman nemen. ſwi vil er verlieſet. damit wellen wir erweren daz nieman mit in ſpil. vnd irre lernunge deſter vleiſſiger werden. Swer ir pfant darüber nimt. der ſol der rihter büzzen. alſo daz er in gebe zwai pfunt. vnd an die ſtat zwai pfunt.

Die alten augsburger Statuten verbieten aber ſchon jedes Spiel mit Unmündigen:

Es[4]) en ſoll kein Kegler keinem Kind nit geſtatten daz ze ſeinen tagen nit kommen iſt, daß er ihm ſin Pfenninge abgewinne oder ein gut. Thut er das darüber, was er Ihm denn abge-

---

1) Das älteſte freiberger Stadtrecht, in Schott's Sammlung Bd. 3. S. 286. Vergl. auch die neuen freib. Statuten, Art. 84 und 271, b. Walch, Bd. 3. S. 193 u. 273.

2) Aelteſte Stat. d. Stadt Regensburg v. 1320, in von Freyberg's Sammlung hiſt. Schrift. Bd. 5. H. 1. S. 16.

3) Alberti D. Austr. jura antiq. civit. Viennesi conf. a. 1296, §. 15, b. *Senkenberg* Visiones p. 283.

4) Alt augsb. Stadtr., a. a. O. Art. 207.

Digitized by Google

wunnen hat, das ſoll er Ihm widergeben vnd ſoll ihm der Vogt der Stat ze Beſſerung an den Schraiat heiſſen ſchlahen. Wer aber ze ſinen tagen kommen iſt, lat ſich der äffen der hab den ſchaden.

Was [1]) davor geſchrieben ſtat um die Kegler, daß ſoll auch ſteht ſeyn umb die Riemenſtecher vnd umb die Heüffler.

Wenn wir alſo von den angeführten, beſonderen, auf die Unmündigen ſich beziehenden Beſtimmungen abſehen, ſo war eigentlich der Grundſatz, zu dem man gekommen war, daß Niemand mehr ſolle verſpielen können, als er gerade bei ſich führte, oder daß man, wie es ſpätere Statuten ausdrücken, nicht auf Borg ſollte ſpielen dürfen. Ein Schritt weiter war es dann noch, daß auch die Selbſthülfe, die noch angewendet werden durfte, um den Spieler zur Bezahlung ſeiner Spielſchuld mit dem, was er bei ſich hatte, zu nöthigen, ebenfalls beſeitigt wurde. Ausdrücklich finden wir dieſes nur in dem memminger Stadtrecht (welches, wie das ſchon oben einmal angeführte regensburger, in Beziehung auf ſeine Grundſätze über das Spiel ſonſt ſchon auf einer ſpätern Entwicklungsſtufe ſteht) ausgeſprochen:

Es [2]) iſt ouch mit namen geſetzt, das man nun für bas hie ze Memmingen niemant ſol richten vmb kain ſpilgelt umb walgelt [3]), oder das en pfening verlieren mag, das darzu gehört vngevärlich vnd ſol ouch niemant dem andern darumb pfand nemen, noch abziehen noch den ſelbſchollen noch den geweren, noch den bürgen, den das ainer den andern gern vnd unbezwungentlich git, das mag er wol nemen an gevärd.

Die Beſchränkungen des Spieles, ſo weit wir ſie bisher kennen gelernt haben, haben ſich, und zwar ſchon im Laufe des 13. Jahrhunderts, in den Städten ausgebildet. Die Diſtinctionen ſetzen daher auch noch Landrecht und Stadtrecht bei dieſem Gegenſtand einander entgegen, doch haben die Grundſätze des letztern, wenn ſie auch noch nicht zur Gemeingiltigkeit gelangt ſind, bereits im 14. Jahrhundert im Landrechte Eingang gefunden. Der Gloſſator

---

1) Daſ. Art. 208; vergl. noch Art. 403.

2 Rechtsbuch der Stadt Memmingen v. 1396, Art. XXXIV. in von Freyberg's Sammlung, Bd. 5. S. 293.

3) Wälgeld ſo viel als Kugelgeld, was in andern Statuten vorkommt; man ſagte: mit Kugeln wälen, ſ. Schmeller's baier. Wörterbuch.

Digitized by Google

des Sachsenspiegels commentirt denselben offenbar aus dem Stadtrecht[1]); doch weniger möchte ich mich darauf, als auf das Rechtsbuch des Königs Ludwig von Baiern berufen, welches keine Klage mehr wegen einer Spielschuld gestattet, ja dieselbe sogar verpönt und nur erlaubt den Spieler an seiner fahrenden Habe zu pfänden:

> Wer[2]) mit dem andern spilt oder chugelt oder dhains sölhen dings beginnt oder sein werer ist, oder porg wirt dann so vil alz er pey im verpfenden mag, daz man getreiben und getragen mag, daz sol vnschedlich sein; ez sol auch niemantz erben dhain spil erben: wer umb spil alz vorgeschrieben ist, ze chlag chümt, da sol der antwurter ledig sein, vnd der chlager dem gerichte püzzen mit zehen schilling pfenning.
>
> Ez süllen[3]) auch die amptlaeut nieman dhain spil mer verbieten, wann man mit ainem iglichem wol spilen mag alz vorgeschrieben ist, umb alz vil, alz er pey im verpfenden mag, daz man getreiben und getragen mag.

Die letzte Bestimmung scheint darauf hinzudeuten, daß auch wohl schon weitergehende Beschränkungen, gegen welche aber das Rechtsbuch sich hier noch erklärt, versucht worden sind. Die meisten der obigen Statuten sprechen fast immer von Doppelspiel, und es läßt sich auch nicht verkennen, daß man vorzüglich diejenigen Spiele vor Augen hatte, die des Gewinnes wegen betrieben wurden und die ihrer Beschaffenheit nach unter die Kategorie unserer Hazardspiele fallen; allein zu einer Unterscheidung von verschiedenen Spielen hat dieses noch nicht geführt; bei keinem Spiel sollte man mehr verlieren, als man bei sich hatte, und es fand also niemals eine Klage Statt. Es scheint selbst, als hätte man Doppeln in einem weitern Sinn für spielen überhaupt gebraucht.

---

1) S. oben S. 150.

2) Rechtsb. K. Ludwigs v. Baiern v. 1346, Art. 272. in von Freyberg's Sammlung, Bd. 4. S. 478.

3) Daselbst Art. 273. Vergl. noch Art. 271, 274. Das Recht der Stadt Freysing v. 1359, in von Freyberg's Sammlung, Bd. 5. S. 218 u. 219, stimmt fast wörtlich mit d. Art. 271—275 in Ludwig's v. Baiern Rechtsb. überein.

Digitized by Google

### II. Entwicklung der Unterſcheidung zwiſchen erlaubten und verbotenen oder ſtrafbaren Spielen, als Grundlage der jetzt geltenden Rechtsanſicht.

Immer beſtimmter bildete ſich und zwar auch zunächſt wieder in den Städten, wohl zum Theil veranlaßt durch die wirklich oder vermeintlich oftmals dabei vorgekommenen Unredlichkeiten, eine dem Spiele ungünſtige Anſicht aus, welche zu einer ſtrengen Geſetzgebung in Betreff deſſelben führte. Wie man über das Spiel zu denken anfing, ergibt eine Aeußerung der Gloſſe zum ſächſiſchen Landrecht (III. 6.): „Wiß aber erſtlich, daß ein Spieler viel erger iſt als ein Räuber; dann indem er mit einem ſpielet, könnte er es ihm abwünſchen, ſo thet er es lieber, dann daß er es ihm abgewinnen ſoll.“ Das alte culmer ſagt [1]): Doppelſpiel ſei „ein Spiel von Muthwillen“, bei welchem ſich ein Jeder „vor Trug zu hüten“ hat; „wenn ſich ein Mann, der zu ſeinen Jahren gekommen, beim Kegel und andern Spiel äffen läßt, ſo habe er den Schaden“, heißt es im alten augsburger Stadtrecht [2]). Aus dem Allen geht hervor, daß man eine leidenſchaftliche Gewinnſucht, die ſelbſt unredliche Mittel, um zum Zweck zu gelangen, nicht verſchmähte, bei den eigentlichen Spielern vorausſetzte. — Bei der größern Rohheit der Sitten, ſcheint das Spiel nicht nur mit aller der, für Moralität und Wohlſtand verderblichen Leidenſchaftlichkeit betrieben worden zu ſein, wie es auch mitunter bei uns der Fall iſt, ſondern ſehr häufig zu den wildeſten Scenen und blutigen Auftritten Veranlaſſung gegeben zu haben. Es wird berichtet, daß gegen Ende des 15. Jahrhunderts das Stadtgericht zu Ulm vollauf zu thun hatte, um die bei dem Spiel durch Gewaltthätigkeiten entſtandenen Händel zu ſchlichten [3]), und mehrfach iſt ſelbſt noch in Statuten des 17. Jahrhunderts davon die Rede, daß das Spielen oftmals zu Zank, Schlägerei, Mord und Todſchlag führe. Dabei ſcheint die Spielſucht ſehr weit verbreitet geweſen zu ſein, und beſonders im 14. und 15. Jahrhundert in manchen Städten ſehr überhand genommen zu haben. So erzählt Jäger in ſeiner Geſchichte von Ulm: „daß auch das weibliche Geſchlecht ſeine Kart-

1) S. oben S. 149, Note 3.
2) S. oben S. 152, Note 4.
3) Jäger, Ulms Verfaſſung u. ſ. w. in M. A. Stuttg. 1831, S. 542.

Digitized by Google

höfe hielt. Man suchte oft Unmündige in Spielgesellschaften zu ziehen, daher der Rath verbieten mußte, eines biderben Mannes Kind auf Spiel etwas zu leihen oder ihm etwas abzugewinnen, bei Verlust des Dargeliehenen, Abgenommenen oder anderweitiger Strafe. Besonders waren auch die Frauenhäuser fruchtbare Pflegschulen für diese Leidenschaft; Söhne ehrbarer Eltern wurden dahin gelockt, ihnen das Ihrige abgenommen und sie noch dazu verleitet, ihren Eltern zu verschleppen, wessen sie habhaft werden konnten, daher es 1410 dem Frauenwirth in seinen Eid gegeben wurde, alle die, welche junge Leute zum Spiel verlocken würden, zu rügen'' [1]). Ein anderer Autor [2]) berichtet, daß in Frankfurt am M. der Rath selbst, um Unterschleif zu vermeiden, die Würfel, die häufiger als Karten gebraucht wurden, selbst verkaufte, und daß in manchen Messen, z. B. 1432, mehr als 8000 Stück abgesetzt wurden. Die Erlaubniß zum Spiel wurde an einem Unternehmer verpachtet; eines der Spielhäuser, der Heißenstein genannt, trug im Anfang des 15. Jahrh. 400 Goldgulden jede Messe ein. Auch in Arnheim verpachtete man schon im 14. Jahrh. Spielhäuser [3]).

Also schon damals benutzte man das Spiel als ein Mittel zur Vermehrung der öffentlichen Einkünfte, privilegirte es, während man zugleich von der Erkenntniß geleitet, daß es „zu allen möglichen Unfuhr, zum Verderben von Kindern führe'' [4]), dem Berufe einer christlichen Obrigkeit folgend, Strafgesetze gegen das Spielen erließ. — In den italienischen Städten, welche in mannigfachen Beziehungen den deutschen in der Entwicklung vorangegangen waren, hatte man schon im 13. Jahrhundert vielfach das Spielen durch Spielverbote und Strafsatzungen noch mehr zu beschränken gesucht [5]). Ein Gleiches scheint auch schon damals in den niederländischen Städten, die den italienischen in vielfacher Hinsicht gleichstanden, der Fall gewesen zu sein. [6]). In Deutschland fing erst mit

1) A. a. O. S. 539.
2) Kirchner, Geschichte d. Stadt Frankf. a. M. Bd. 1. S. 588.
3) Hüllmann, Städtewesen im M.-A. Bd. 4. S. 251.
4) S. Jäger a. a. O. S. 540.
5) Mehrere Nachweisungen b. Hüllmann a. a. O. S. 247 ff.
6) Es deutet darauf wenigstens ein Spielverbot in der Keure des Landes von Furnes vom J. 1240 §. 45. (b. Warnkönig, flandrische Rechtsgesch. Bd. 2. Abth. 2. Urkundenb. S. 77). Protracti de ludo talorum

dem 14. Jahrhundert die Geſetzgebung allmälig an dieſe Richtung zu nehmen, während man es nicht nur noch vielfach bei der Unklagbarkeit der Spielſchulden bewenden ließ, ſondern mancher Orten ſogar noch der Spielvertrag als eine vollkommen zu Recht beſtehende Verbindlichkeit angeſehen wurde. So wiederholen z. B. die hamburger Statuten von 1497 [1]), was in denen von 1270 darüber feſtgeſetzt iſt, und ein Gleiches iſt mit dem lübeckiſchen Stadtrecht der Fall [2]), in deſſen mannigfachen Recenſionen gar keine beſondern Beſtimmungen über das Spiel vorkommen, deren ſonſt die meiſten und ſelbſt kleinerer Städte enthalten. Das älteſte, mir bekannt gewordene Strafgeſetz gegen das Spiel in einer deutſchen Stadt iſt im J. 1301 in Göttingen gegeben worden, es lautet:

Item [3]) nullus tessarabit vel alium ludum exercebit cum qua pecunia perdi potest sub poena libere. — Item nemo debet ludere cum globis nisi pro tanta quantitate, ut in quantum tunc portare potest sub poena simili. Et qui permittitur hos ludos in domo sua exerceri, ita quod non accusat ludentes dabit libram, nisi excusat ignorantiam suam juramento, et debet abesse civitati instanter per dimidiam milliare ad quindenam, aut in domo sua manere tanto tempore, et non revertetur ad civitatem nec domum suam exibit, nisi talis pecunia ut premittitur primo sit persoluta.

Ziemlich von gleichem Alter mochte aber ein Spielverbot ſein, welches ſich in den älteſten bremer Statuten findet:

So [4]) welic borghere dobelet ofte hut ſeket ofte rikemaket [5])

---

XX solidos emendabunt comiti; sed licet cum tabulis et scaceis ludere. Protracti ex Houtchen (Hölzchen) emendabunt comiti tres libras; domus in qua luditur cum tabulis et Houtchen tres libras.

1) Hamburger Stadtrecht v. 1497, O. Art. 13. b. Anderſon S. 467.

2) Das alte lübiſche Recht, herausgegeben v. Hach (Lübeck 1839), Codex III. Art. 398 a. E. S. 543. — Auch in Dreyer's Einleitung in die lübiſchen Verordnungen habe ich keine Nachweiſung von Geſetzen, die ſich auf das Spiel beziehen, gefunden.

3) Statuta Goetting. in *Puffendorf*, Obss. T. III. p. 192.

4) Statuten der Stadt Bremen v. 1303, Art. 12, in Oelrich's Sammlung der Geſetzbücher der Stadt Bremen S. 41. Vergl. Donandt, Geſchichte des brem. Stadtrechts Bd. 2. S. 302.

5) Ueber die Bedeutung dieſer Spiele: Gildemeiſter, im hanſeat. Magazin Bd. 6. S. 306.

Digitized by Google

binnen wic belethe wert hes vortucht mit enem tughe the ſcal gheven ther ſtat teyn ſchilling unde wat he mit theſemen ſpele wunnen hevet vpme worſtaſle, mach ſpele we ſe wil.

Seit dem 14. Jahrh. werden nun die Spielverbote in Stadtgeſetzen immer häufiger, und wurden an demſelben Ort oftmals erneuet, geändert, geſchärft und wohl zuweilen auch wieder gemildert. Ein Gleiches geſchah dann, als die Landesregierungen ſeit dem 15. und 16. Jahrhundert mehr auf die Rechtsbildung einzuwirken anfingen, theils in den Landes- und Polizeiordnungen, theils in einzelnen, beſonders zu dem Zweck ausgegangenen Verordnungen. Man findet die Spielgeſetze beſonders in Verbindung mit den damals häufigen Luxusgeſetzen, wodurch der Kleiderpracht, der Schwelgerei u. ſ. w. bei Hochzeiten und Leichenſchmäuſen Einhalt gethan werden ſollte. Während aber ſchon früher eine völlige Gleichheit der auf das Spiel anwendbaren Grundſätze nicht geherrſcht hatte, ſo trat nun, als man das Spiel gleichſam in das Gebiet des Strafrechts hinüber gezogen hatte, eine um ſo größere Verſchiedenheit, ein gewiſſes Schwanken hervor, indem es ſchien, daß man nicht immer die rechten Grenzen zu finden wußte und ſich wohl durch zeitweilige Eindrücke und Umſtände beſtimmen ließ. Dennoch dürften ſich die dabei leitenden Grundanſichten mit ziemlicher Sicherheit herausfinden und feſtſtellen laſſen. Es iſt hierbei aber Folgendes zu beachten:

1) Die Verbote und Strafgeſetze waren zunächſt gegen gewiſſe Arten von Spielen gerichtet, und zwar gegen das eigentliche Doppel- und Würfelſpiel*) oder auch gegen andere Spiele, die dieſen in der Weiſe gleichgeartet waren, daß ſie unter der erſten Benennung, wo

*) Die caſſeler Statuten v. 1444 (in Kopp's Nachrichten von der Verfaſſung der Gerichte u. ſ. w. Bd. 1. St. 1. Beilagen S. 34) verbieten das Spielen mit Würfeln innerhalb und außerhalb der Stadt um Geld oder Geldeswerth bei Strafe von 2 Gulden und vierwöchentlicher Verweiſung aus der Stadt; welche Strafe auch den treffen ſollte, der dergleichen wiſſentlich in ſeinem Hauſe geſtattet hatte. Statuten von Rügenwalde, von Alters her gehalten, 1609 aufgezeichnet (in Schott's Sammlung Th. 2. S. 75): Niemand ſoll dobbeln binnen und außerhalb der Stadt binnen der Stadt Gränzen; wäre es daß es geſchehn — ſo ſoll man den Wirth pfänden auf 10 Mark, die Dobbler auch um 10 Mark, und das Geld darum gedobbelt ſoll verbrochen Gut ſein. — Der Stadtdiener ſollte davon die Hälfte für ſeine gute Aufſicht erhalten.

Digitized by Google

das Wort als Gattungsname vorkommt, mitbegriffen wurden. Dieſe übrigen verbotenen Spiele werden oft beſonders benannt, zuweilen wurden ſie ganz allgemein bezeichnet, wie in dem obigen göttinger Statut, worin das Würfelſpiel „vel alium ludum, cum qua pecunia perdi potest," unter gleicher Strafe unbedingt verboten wurde, im Gegenſatz zu dem Kugelſpiel, worin man nur nicht mehr, als man zur Zeit bei ſich führte, verſpielen ſollte. Daß nicht, wie die obigen Worte zu ſagen ſcheinen, jedes Spiel um Geld gemeint geweſen ſein kann, iſt unzweifelhaft, und es bleibt mithin keine andere Deutung übrig, als darunter zu verſtehen: jedes andere Spiel, wobei man leicht ein Beträchtliches an Geld verlieren kann, welches dem Wohlſtand und der Sittlichkeit gefährlich wird. Dieſes ſcheinen aber oftmals die ſehr häufigen Bezeichnungen Spiele, „damit man den Pfening verlieren kann", „das an den Pfening", „an Gewinn und Verluſt geht", ausdrücken zu ſollen. Z. B.

(Von Doppelſpele) [1]) Alle dy mit unß wonen, dy en ſchullen umme neyner hande Spel ſpelen, darmen Penninge mede gewynnen edir vorleyſen möge. Wy dat deyde, dey ſcholde der ſtat eyn Punt geven vnd veyer Weken uteweſen dey wyle her der Broke nichten geve, ſcholde hey der ſtat enbehren. — In welkeß Manneß huſe dat geſcheyge dey ſcholde der ſtat eyne Mark geven. — Wy ok jodet (? to ſeht) worman dopelet dey ſal der ſtat eyne Margk geven. — Wy gelt nympt van den worpellen von dem lichte eder von dem disge, darmen dopelet, dey ſal der ſtat eyn Punt geven. Welk unſer Borger eynen dopeler herberget, wan den Borgern dat verboden wert, dy ſchal der ſtat eyn Punt geven. — Wy in einer andern ſtat in kumpanie ſeyte wat vp öne vellet, dat mach hey gelden, ut der hand en ſchal hey nicht quithen eder ſpelen.

So möchte auch wohl die Beſtimmung in den Statuten von Budiſſin v. 1548 zu verſtehen ſein [2]), worin es heißt [3]):

---

1) Stadtrecht v. Duderſtadt gegen Ende des 14. Jahrh,. b. F. Wolf, Geſchichte d. Stadt Duderſtadt (Göttingen 1803), Urkundenb. S. 69.

2) Vgl. auch Willkür d. Stadt Heiligenſtadt v. 1335, §. 28, b. F. Wolf, Geſchichte von Heiligenſtadt (Göttingen. 1800), Urkunden S. 8.

3) Schott, Sammlung Th. 2. S. 46.

Digitized by Google

Die Handspieler sollen nicht gelitten werden auf allerlei Spielen zu Gewinnst und Verlust, bei Verlust des aufgesetzten Geldes und gefänglicher Haft.

Besonders interessant und beachtenswerth ist aber, was die für die Spielgesetzgebung wichtige württemberger Landesordnung bestimmt:

„Vom Spilen[1]), ordnen und setzen wir daß hinführo keine unsere Unterthanen, einig Bock, Kauff, Mumspiel, noch sonst einiche andere dreinschlachende, wachsende oder schädliche Spil, wie die namen haben mögen, mit Würffel, Karten, noch andere weder umb wenig oder vil, thun sollen. Welcher aber diß unser Gebott übertretten vnd nit halten vnd diß unsere Amtleute angetragen wurde, die sollen den Uebertretter fänglich annemen, in Thurn an Boden legen vnd drey tag vnd nacht mit wasser vnd Brod gespeißt büßen lassen."

2) Andere Gesetze verbieten, ohne daß eine besondere Gattung von Spielen erwähnt wird, ganz allgemein das hohe Spielen; wobei freilich die Umgrenzung dieses relativen Begriffs sehr verschieden ist. Bereits im J. 1320 begegnen wir einer solchen Verordnung in dem Stadtrecht von Regensburg:

Mein[2]) herrn gebietent auch daz dehein burger sun noch anderz nieman der der stat hie angehöret einez tagez oder einez nachtez nicht mere verspilen schol dann ein pfunt, swer ez brichet, der muz der da gewunnen hat alz vil an die stat geben sain er vber daz pfunt gewunnen hat, der verleuset der muz auch zue seiner verluste alz vil geben alz er vber daz pfunt verloren hat, vnd der pfantnar auch alz vil alz er vber ein pfunt pfantnar gewesen ist, vnd der wirt auch alz vil in des hause daz spil geschehen ist.

Auch die ältern braunschweigischen Statuten, welche an einer Stelle die unbeschränkte Klagbarkeit der Schuld aus Doppelspiel annehmen[3]), enthalten an einer andern (V. §. 8—10), die offenbar jüngern Alters sein muß, ein ähnliches Verbot des hohen Spieles:

---

1) Des Fürstenthum Württemberg Landesordnung (erneuert u. gedruckt 1585), S. CCX.

2) In v. Freyberg's Sammlung Bd. 5. S. 16.

3) S. oben S. 148, Note 2.

Digitized by Google

Aſe dicke [1]) eyn uſer borghere enes daghes weder den anderen, eder weder manigheren man verdobbelet, eder vorweddet boven vif ſchill. alſo manich punt ſcal he gheven. — Swe winnet boven vif ſchill. mit dobbelne eder mit weddene, dat ſcal he dem Rade gheven, mochte he der broke nicht geven, eyn half jar ſcal he ut der ſtat weſen, de plichtenoten hebben dat ſilve recht. — Swe hemeliliken dobelſcole holt eder openbare, de ſcal gheven vif punt, mach he der nich gheven man ſcal ene vorweſten.

Die lüneburgiſchen Echtedings-Artikel, welche nach Puffendorf's Anſicht gegen Ende des 15. Jahrh. verfaßt ſein ſollen [2]), ſetzen: daß Niemand an einem Tage mehr verſpielen ſoll als eine Mark, bei Strafe von 10 Mark, die auch der zu entrichten hat, der ſein Haus dazu hergegeben; nach dem neuern freibergiſchen Stadtrecht (Art. 86, 87) [3]) ſoll Niemand an einem Tage mehr verſpielen oder gewinnen als 5 Schilling Pfennige (3 gl. 5 Pf.) und ſo viel als er darüber gewinnt oder verſpielt ſoll er (wohl außer dem gewonnenen Gelde ſelbſt) der Stadt als Brüche bezahlen, der Wirth aber, der dergleichen in ſeinem Hauſe geduldet und nicht angezeigt hat, muß 10 Schillinge Strafgeld erlegen. Unter den Landesgeſetzen iſt hier aber beſonders ein Edict des Kurfürſten von Brandenburg, Joachim's II., gegen das hohe Spielen v. J. 1565, welches zugleich die Gründe der Geſetzgebung entwickelt, hervorzuheben.

„Als ſich [4]) dann auch in unſerm Lande zeithero große ungewöhnlich Spiele zugetragen, und zu beſorgen, daß wenn denſelben länger nach geſehen, daß dadurch mancher etwa in ſeiner Jugend oder beim Trunke umb Trewen und Glauben, auch alle ſeine Wohlfarth kombt oder ſich hernach zu Erſetzunge des gethanen Verluſtes des Wuchers und anderer unchriſtlicher unehrbarer Händel umb ſo viel deſto mehr zu befleißigen möchte urſache nehmen, und die Spiele nicht zu ſolchem unbilligen Gewinnſte, ſondern zu ehrlicher Ergetzlichkeit erfurden. Auch in ſolchen Uebermaaß in des hei-

1) Bei Leibnitz, Scriptt. R. Brunsew. T. III. p. 445.
2) S. *Puffendorf*, Obss. T. II. Append. p. 190.
3) Bei Walch, B. 3. S. 193.
4) S. *Scheplitz*, Consuet. Brandenb. p. 348.

ligen Reiches Rechten und Ordnung zum höchsten verbothen seyen, So ordnen und wollen hiemit, daß hinführo in unseren Landen keiner über 300 Gulden an baarem Gelde oder auf Kreide verspielen soll, würden wir aber erfahren daß Jemand sich darüber zu spielen einließe, so soll uns die Uebermasse des vorspielten Geldes verfallen, und der so es gewonnen, uns noch einmal so viel zur Strafe zu geben schuldig sein u. s. f.''

In einem ausführlichen Sittenmandat der Stadt Basel, welches Ochs[1]) gegen das Ende des 15. Jahrh. setzt, findet sich auch folgende Verordnung, wodurch gewisse gefährliche Spiele sowohl wie das hohe Spielen verboten wird:

„Weder in der Stadt noch außer derselben in drei Meilen Weges scheibenweise soll ganz keinerlei Würfelspiel weder Luschis, Passen, Kouffen noch andere dergleichen grobe Spiele getrieben werden, ausgenommen im Brett, doch mehr um Kurzweil als um Gewinn, für ein Urtin (Zeche) oder dergleichen und nicht über 2 ß. ein Spiel. Keiner soll Borken, in die Karten schlagen, noch andere dergleichen grobe Spiele thun, als Mutten, zur offnen oder heimlichen Rusch, zen Augen, noch zen Pfunden. Wohl mag einer schlechtlich karten, als im Thurm, Quantzlis, Eins und Hundert, und dergleichen machen und thun nicht aber über 2 ß. ein Spiel. Davon sind ausgenommen unsere Herren von der hohen Stube, als daß sie auch, wie diejenigen, die zu ihnen kommen, als Ritter und Knechte und ihre und derselben Diener, unter sich wohl spielen mögen, wie das von Alter Herkomen ist, sonst aber keiner unsrer Bürger noch jemand anders u. s. w.''

3) Zuweilen ist es aber auch für strafbar erklärt auf Borg zu spielen, ohne Rücksicht auf die Größe der Summe und die Gattung des Spieles. So soll nach dem mitgetheilten göttinger Statut für das sonst erlaubte Kugelspiel, in solchem Fall eben so viel zur Strafe entrichtet werden, als wenn man ein an sich unerlaubtes Spiel getrieben hätte; die württemberger Landesordnung[2]) sieht bei den verbotenen schädlichen Spielen die häufige Wiederholung und „insonderheit das auf Borg spielen'', welches „ganz

1) Ochs, Geschichte v. Basel, Bd. 5. S. 188.
2) S. oben S. 160, Note 1.

Digitized by Google

und gar vermitten werden ſoll", als erſchwerenden Umſtand an, ſo daß bei deſſen Eintritt der Uebertreter, abgeſehen davon, daß ſeine Forderung nichtig iſt, „an Leib und Gut unnachläſſig geſtraft werden ſoll." Die querfurter Statuten v. 1656 [1]) wollen das hohe Spiel (mit Groſchen, Schreckenbergern, halben und ganzen Thalern) und „das Spiel auf Kreiden und Kleidern", bei des Rathes willkürlicher Strafe ganz abgeſchafft wiſſen.

Ein alt-württembergiſches Statut: Gerichtsordnung und Gebrauch bei dem Gotteshaus Adelberg v. J. 1512 [2]) faßt alle dieſe drei verſchiedenen Arten von Spielverboten, wie wir ſie bisher kennen gelernt haben, zuſammen:

> Item ob einer ſpihlen wolt, das auch an keinem andern orth dann in einem offenen Würthshaus geſchehen ſoll, kein gefährlich oder ſchädlich ſpihl thun, auch nicht hoher dann umb ein Pfening, ſoll auch kein falſch ſpihl brauchen oder den Andern ob dem Spihl unrecht thun, auch nit auf Borg oder an kein kreiden ſpihlen, dann das Alles iſt verboten bei einer Mittel Frevel u. ſ. w.

Das Spiel auf Borg war indeß nicht ſo allgemein als ſtrafbar erklärt, wie dieſes bei den an ſich ſchädlichen und gefährlichen Spielen der Fall war, wenngleich nach der Anſicht, die ſich bereits früher gebildet hatte, wenn auf Borg geſpielt war, die Schuld nicht eingeklagt werden konnte und der Gewinner auch nicht anderweitig ſich bezahlt machen durfte. Das Erſtere iſt denn auch in §. 211 der Reuter und Fußknechtsbeſtallung von 1570, der einzigen reichsgeſetzlichen Beſtimmung über das Spiel, ausgeſprochen:

> „Es ſoll — keiner dem andern auff dem Spiel aufſchlagen, noch weiter, dann er baar Geld hat, ſpielen, wo aber einer dem andern viel oder wenig auf Borg abgewinne, ſolle ihm der Andre nichts darumb zu zahlen ſchuldig ſein."

4) Nur als eine ſehr ausnahmsweiſe weitergehende Beſchränkung des Spieles iſt es aber anzuſehen, wenn jedes Spiel um Geld verpönt war, wie es z. B. 1479 in Ulm geſchehen ſein ſoll [3]) und im lüneburger Stadtrecht v. 1679 ſtattfand, welches (Th. 8, Tit. 44)

1) Schott, Sammlung, Bd. 2. S. 163.
2) Reyſcher, Sammlung altwürttemb. Statutarrechte, Bd. 1. S. 13.
3) Jäger a. a. O. S. 542.



Digitized by Google

verordnete [1]): „daß Niemand Doppelspiel oder ander Spiel um Geld, bei einer Strafe von 10 Mark, üben sollte". Die lüneburgischen Echtedingsartikel aus dem 15. Jahrhundert haben die gleiche Strafe nur für den Fall angeordnet, wenn Jemand an einem Tage über eine Mark verspielte, und die im 13. Jahrhundert verfaßten Statuten gestatten noch, sich die Klage auf die Spielschuld durch Festhalten des Spielers zu sichern. Hierdurch wird der Gang der deutschen Spielgesetzgebung recht deutlich.

Wo aber, wie es gemeinhin der Fall war, ein solches allgemeines Spielverbot (dessen Wirkung auch meist nur vorübergehend blieb) nicht vorhanden war, da war nun durch den Gang der deutschen Rechtsentwicklung ein Unterschied zwischen erlaubten und verbotenen Spielen begründet. So setzt schon das oben angeführte [2]) memminger Stadtrecht von 1396 Beides einander ausdrücklich entgegen, denn nachdem es von der Unklagbarkeit der Spielschuld gehandelt, fährt es fort:

> „Wer auch ichtzit gewint mit spilunt oder mit walunt, oder das dem gleich ist, das verboten wirt, vnd zuo den ziten, so es verboten ist, der muß den gewinn halben an die stat geben und dennoch beßrun wie daruff gesetzt ist."

Man hat dabei aber nicht sowohl an die verschiedenen civilrechtlichen, als vielmehr strafrechtlichen Wirkungen zu denken. Erlaubtes Spiel ist dasjenige, bei dessen Betreibung weder die Spieler noch die Beförderer des Spiels in Strafe verfielen, aber das etwa Gewonnene nicht einklagen noch auf andere Weise sich dessen Bezahlung sichern konnten, da sich schon, ehe man zwischen erlaubten und verbotenen Spielen zu unterscheiden angefangen, der allgemeine Grundsatz gebildet hatte, daß wegen einer Spielschuld keine Klage stattfinde und daß man sich auch nicht die Bezahlung derselben (wie es früher der Fall) durch Festhalten der Spieler, Pfändung, Nöthigung zur Bürgschaftsstellung u. s. w. zu verschaffen suchen durfte. Daran ist in der Folge durch das Hinzukommen von Spielverboten nichts geändert worden; es ist vielmehr in manchen Gesetzen bei Aufstellung der Strafbestimmungen noch ausdrücklich die Unklag-

1) S. *Puffendorf* Obss. IV. p. 791. Dieser Artikel findet sich auch in der lauenburgischen Niedergerichtsordnung wieder. S. Puffendorf III. p. 373.
2) S. oben S. 153, Note 2.

Digitized by Google

barkeit ausgesprochen und gleichsam bestätigt worden [1]). Das Spiel war mithin nach der Gestalt, welche das deutsche Recht allmälig gewonnen hatte, niemals klagbar, in gewissen Fällen strafbar. Die Unklagbarkeit des Spieles überhaupt war aber, wie die spätere Festsetzung von Strafen für besondere Fälle, eigentlich eine polizeiliche Maßregel, durch welche die Gefahr, welche das übermäßige Spielen der Sittlichkeit und dem Wohlstande brachte, möglichst abgewendet werden sollte. — Die deutsche Gesetzgebung wurde daher nicht von der Ansicht geleitet, daß das Spiel überhaupt unzulässig sei, und ebenso wenig verhielt sie sich dagegen indifferent, sie bezweckte vielmehr, das Spiel innerhalb seiner natürlichen Schranken zu halten. Dieses fand aber Statt, wenn das Spiel der Unterhaltung wegen, nicht aus gewinnsüchtiger Absicht betrieben wurde. Schon in dem Rechtsbuch der Stadt Freysingen v. 1359 heißt es:

„Das [2]) ist darum erfunden, daz die wirt den gesten nicht angewinnen sullen, ez sey dan umb ain zech, die er mit im umb kurzweilt."

In dem Stadtrecht von Zittau von 1567:

„Es soll auch niemand in seinem Hause gros Spiel zu Gewin und Verlust heimlich noch offentlich hegen noch gestatten, bei Straff — — umb Kurzweil willen um ein Gröschel zu spielen kann ehrlichen Bürgern — wohl vergunst und zugelassen werden."

Am deutlichsten ist aber die deutsche Ansicht in der angeführten [3]) Constitution des Kurfürsten Joachim II. von Brandenburg ausgesprochen: „Es seien die Spiele nicht zu solchen unbilligen Gewinnst, sondern zu einer ehrlichen Ergetzlichkeit erfunden." — Aehnlichen Aussprüchen werden wir auch in spätern Quellen begegnen.

---

1) Regensburger Stadtrecht v. 1320 (vergl. oben S. 160, N. 2) a. a. O. S. 79. „Man richt auch vmb Spiltgelt, umb chugelgelt, umb wetten, umb überwetten nicht." Memminger Stadtrecht s. oben S. 153. Württemb. Landesord. von 1495 (oben S. 160, Note 1): „insonderheit was auf Borg verspilt oder auff Spil geliehen würdt, kein Gericht darauf erkennen, auch die Amptleute hierumb keine Bezahlung gestatten sollen."

2) S. oben S. 154, Note 3.

3) S. oben S. 161, Note 4.

Digitized by Google

Um das Spiel in diesen seinen angemessenen Grenzen zu halten, um zu verhindern, daß der unglückliche Spieler nicht etwa leichtsinnig große Summen, deren Bedeutung er vielleicht im Augenblicke der Leidenschaft, wenn sie nicht einmal durch seine Hand gingen, richtig zu ermessen im Stande war, oder wohl gar Haus und Hof auf die Karte oder den Fall der Würfel setze, stellte man den Grundsatz auf, daß niemals mehr, als man bei sich führte, verspielt und, wenn es geschehen, die Forderung von keinem Bestand sein sollte. Allein da man dieses wohl nicht hinreichend fand, um das für den Wohlstand und Sittlichkeit gefährliche Spiel zu verhindern, da man sich ja vor Anfang des Spieles mit großen Summen versehen konnte, so suchte man diesem nun durch Straffatzungen zu begegnen, welche theils gegen jedes hohe Spiel gerichtet waren, theils aber besonders gegen gewisse „gefährliche," „schädliche," „wachsende" Spiele, die ihrer ganzen Einrichtung nach darauf berechnet waren, die Gewinnsucht zu reizen. Es war im Ganzen bei Verboten der letztern Art aber weniger auf die Unterdrückung gewisser Spielarten, oder etwa Begünstigung anderer abgesehen, als man vielmehr nur das gefährliche Spielen, das Spielen aus gewinnsüchtiger Absicht, nicht der bloßen Unterhaltung wegen verhindern wollte. Und dieses ist das Hauptprincip, welches dem deutschen Rechte zu Grunde liegt, und das man nur, wie unten gezeigt werden soll, durch das römische Recht verleitet, verkannt hat.

Diese deutschen Rechtsgrundsätze, wie sie sich im 14. und 15. Jahrhundert immer vollständiger entwickelt und weiter verbreitet haben, wird man dann auch noch in den Territorialgesetzgebungen, als das römische Recht bereits seine Herrschaft in Deutschland befestigt hatte, wiederfinden. Eine brandenburgische Constitution und einige Statuten aus dem 16. Jahrhundert sind bereits oben angeführt worden. Das baiersche Landrecht von 1616*), welches ausführlich vom Spiele handelt, stellt den Grundsatz auf, daß nur das Spiel, welches „von keines besondern Gewinns, allein um Kurzweil willen, ziemblichermaßen" nicht an heimlichen und ungewöhnlichen Orten, nicht zur Nachtzeit und während des

*) Landrecht, Polizei-, Gerichts-, Malefiz- und andere Ordnungen der Fürstenthümer Ober- und Niederbaiern. München 1616.

Digitized by Google

Gottesdienſtes, getrieben werde, „doch ſo, daß man um baar Geld, ohne alles Uebermaß und nicht auf Borg ſpiele" — als erlaubt anzuſehen ſei [1]). Diejenigen, welche aber unziemliche und unmäßige Spiele treiben oder in ihren Häuſern duldeten, ſollten nach Größe und Gelegenheit ihres Verbrechens geſtraft werden [2]). „Was aber unziemliche und unmäßige Spiele ſind — ſagt das Geſetz [3]) — kann nicht nach einer feſten Regel beſtimmt werden, ſondern ſteht nach Geſtalt der Perſonen, ihres Reichthumes und Standes und nach Beſchaffenheit des Spieles in des Richters Erkenntniß und Ermeſſen." — „Spielt einer mit dem andern auf Borg, mit Karten, Würfel oder in anderer Weiſe, ſo ſoll er oder ſeine Erben, das was geborgt worden, zu zahlen nicht ſchuldig und, wenn Bürgen geſtellt, die Bürgſchaft nichtig ſein, ſo wie auch, was zum Spiel angeliehen war, nicht zurückgefordert werden konnte" [4]). Für Landleute und Handwerker war noch beſonders beſtimmt, daß ſie nur an Sonn- und Feiertagen nach dem Gottesdienſt und an einem ſolchen Tag nicht über 9 Kreuzer mit Spiel oder Kegeln verlieren ſollten [5]).

Wiewohl dieſe Verordnungen damit eingeleitet werden, daß das ungebührliche Spielen nach geiſtlichen und weltlichen Rechten verboten ſei, ſo zeigt ſich noch nicht die geringſte Einwirkung der fremden recipirten Rechte. Aber auch da, wo in den Territorialgeſetzgebungen eine Berückſichtigung des römiſchen Rechts hervortritt, bleiben ſie dennoch oft im Weſentlichen bei den deutſchen Rechtsgrundſätzen ſtehen, oder kehren wohl gar wieder zu denſelben zurück, wie dieſes namentlich in der ſächſiſchen Spielgeſetzgebung, die ſchon wegen des doctrinellen Einfluſſes und Anſehens des ſächſiſchen Rechts beſondere Berückſichtigung verdient, der Fall iſt.

Die Landesordnung von 1555 [6]) erinnert nur daran, daß das Spielen und Doppeln, welches zu vielen Verbrechen führe und Manchen in's Verderben ſtürze, verboten ſei, daher ein Jeder ſeine

1) Landes- und Polizeiord. B. 5. T. 8. Art. 9. S. 699; vergl. mit Art. 1 und 2.
2) Daſ. Art. 8.
3) Landrecht t. XXXII. Art. 3. S. 332.
4) Daſ. Art. 2; vergl. mit Landes- und Polizeiord. a. a. O. Art. 3.
5) A. a. O. Art. 1, 3, 4.
6) Cod. August. Bd. 1. S. 58.

Digitized by Google

Hausleute davon abhalten, und die Wirthe, welche solches Spiel dulden und die Gäste (ohne daß sonst etwas Näheres angegeben wird) bestraft werden sollen.

In der Polizei- und Kleiderordnung v. 23. April 1612 [1]) zeigt sich aber nun ein eigenthümliches Gemisch von deutschen und römischen Rechtsansichten, denn nach einigen Einleitungsworten über die Verderblichkeit des vielfachen Doppelns und Spielens heißt es:

„Nun stellen wir zwar ludos honestos oder artis, welche *virtutis* vel ingenii excitandi causa in Rechten vergönnet, wenn nur dieselben nicht *quaestus et lucri gratia* instituirt, oder sonsten kein Betrug darunter, wie dann auch honestas sponsiones, die extra causam ludi geschehen, an seinem Ort. Allein die andern Spiele, so ludi fortunae, sowohl die, welche misti genannt werden, als da seynd Bretspiele, Karten u. dergleichen, sollen keinem, der unter 18 Jahre alt ist, verstattet, denen aber andere so weit nachgelassen werden, wann dieselben ohne Versäumung der Nahrung und zu einer Recreation geschehen, oder causa convivii um ein leidliches Geld zu einer Mahlzeit oder ehrlichen Zusammenkunft gespielet würden. Jedoch so, daß einer vom Adel auf einmal über einen Thaler, ein fürnehmer Mann, so bürgerlichen Standes ist, über 12 Groschen, und ein Handwerksmann über 4 Groschen, ein Bauer aber über einen Groschen nicht verspiele, solches auch in einem Monat über ein mal nicht geschehe, sintemahl ein jeder seine Nahrung mit fleißiger Arbeit nicht aber illicitis modis suchen soll“ [2]).

Nachdem dieses Vorstehende fast wörtlich in der P.-O. v. 1661, Tit. 8, wiederholt worden [3]), erschien dann im J. 1766 am 20. December ein ausführliches Spielmandat [4]), dessen hier hervorzuhebende vorzüglichste Bestimmungen [5]) dahin gingen: 1) Aller Orten und Zeiten sollten, bei einer dort näher bestimmten Geld- oder Gefängnißstrafe für alle Spieler, die Wirthe, Förderer des Spiel, ver-

1) Cod. August. Bd. 1. S. 1473.

2) Es ist diese Verordnung fast ganz ebenso aufgenommen in der braunschweig-lüneb. P.-O. v. 1618, Cap. 40, im Corp. Const. Ducatus Luneb. Vol. III. p. 93.

3) Cod. August. Bd. 1. S. 1779.

4) Das. Fortsetz. Abth. 1. S. 917.

5) Vergl. Curtius, sächs. Civilrecht, §. 1554—1557, Bd. 4. S. 271 ff.

Digitized by Google

boten sein alle Hazardspiele mit Karten, Würfeln oder wie sie sonst erfunden werden, und die Wetten darüber. Als das charakterische Merkmal der Hazardspiele, deren mehrere beispielsweise aufgezählt werden, wird angegeben, daß „sie von Glück und Zufall hauptsächlich abhängen". Von sogenannten gemischten Spielen neben den Glücksspielen, wie in der Polizeiordnung, ist nicht weiter die Rede, dagegen ist aber das Verbot der letztern hier ein durchaus unbedingtes, so daß Zweck des Spiels und die Summe, um welche gespielt wurde, weiter nicht in Betracht kam*). 2) Alle andern Spiele, welche den verbotenen Hazardspielen nicht gleich kommen, sollten, wenn sie mäßig gespielt werden, unverwehrt, das hohe Spielen aber keineswegs gestattet sein, die Obrigkeit sollte vielmehr demselben ernstlich Einhalt thun und nach Beschaffenheit der Umstände mit Geld und Gefängnißstrafe ahnden. — Die Bestimmung dessen, was hohes Spiel sei, und der Strafe scheint von jetzt ganz dem Ermessen des Richters überlassen gewesen sein. 3) Untersagt das Mandat alles Spielen auf Credit oder Borg, erklärt aber, daß darunter nicht zu verstehen sei „wenn Jemand bei unverbotenen Spielen eine geringe Summe schuldig bleibt und solche nachhero freiwillig bezahlt." Eine Strafe ist hier aber nicht bestimmt, sondern nur die Ungiltigkeit aller und jeder Spielschuld festgesetzt, so daß also nicht nur keine Klage darauf stattfindet, sondern das später Nachgezahlte auch zurückgefordert werden kann. — Alles, was das Mandat nun ferner enthält, bezweckt, die Umgehung dieser letztern Anordnung zu verhindern, und bezieht sich besonders auf die wegen einer Spielschuld ausgestellten Obligationen und Wechsel.

Es scheinen mir diese sächsischen Gesetze namentlich zu zeigen, wie man bei dem Streben, sich dem römischen Rechte anzuschließen, welches sich namentlich in der Polizeiordnung von 1612 zeigt, dennoch eigentlich der herkömmlichen deutschen Ansicht getreu blieb, dabei aber in einen Conflict gerathen war, in dem man sich nicht recht zu helfen wußte; das Mandat hat die römische Färbung der Polizeiordnung fast ganz wieder aufgegeben und ist seinem Hauptinhalt

*) Ueber die Abweichungen des Spielmandats von der Polizeiordnung s. Klien: Ueber die Spielverbote in Sachsen, in Zachariä's Annalen der Gesetzgebung, Bd. 2. S. 159 ff.

Digitized by Google

nach zum deutschen Recht zurückgekehrt. — Wir wollen nun im Folgenden das Verhältniß des römischen Rechts zum deutschen in Beziehung auf das Spiel, den Einfluß, den es auf die Gestaltung der bei uns geltenden Rechtsansichten erlangt hat, näher betrachten.

## C. Verhältniß der römischen Rechtsgrundsätze über das Spiel zum ältern und jetzt geltenden deutschen Recht.

### 1) Die römischen Rechtsgrundsätze.

Ob das römische Recht anfangs einen ähnlichen Entwicklungsgang genommen hat wie das deutsche, und allmälig zu strengern Grundsätzen über das Spiel übergegangen ist, läßt sich nach den uns erhaltenen Nachrichten nicht mehr bestimmen, doch werden in den Pandekten mehrere Senatsbeschlüsse genannt [1]), welche darauf hindeuten, daß das Spiel wiederholt ein Gegenstand der Gesetzgebung gewesen. Man war dann dahin gekommen, jedes Spiel um Geld für unerlaubt zu erklären [2]), und machte nur eine Ausnahme rücksichtlich der Spiele, welche zur körperlichen Uebung und zum Kriegsdienst zu ertüchtigen dienten. Aus einer Stelle des Cicero ersieht man, daß wegen der unerlaubten Spiele ein publicum judicium Statt fand [3]); die Pandekten aber enthalten nichts über die direct gegen das Spiel gerichteten Strafgebote, sondern theilen nur einige Bestimmungen des prätorischen Edicts mit, welche mehr auf indirectem Wege das verbotene Spiel verhindern sollten. Es waren nämlich diejenigen, die ihre Wohnungen zum Spiele hergegeben hatten, gewissermaßen für rechtlos erklärt, so daß sie wegen körperlicher Mißhandlung, wo und zu welcher Zeit sie ihnen auch zugefügt sein mochte, und wegen Diebstähle, die, während bei ihnen gespielt wurde, verübt worden waren, nicht sollten klagen können [4]). Eine Geld- oder andere, den Umständen

1) L. 2. §. 1. L. 3. D. de aleatorib. XI. 5.

2) L. 2. §. 1. cit. Senatusconsultum vetuit in pecuniam ludere etc.

3) *Cic.* Orat. Philipp. II. 23. Hominem omnium nequissimum, qui non dubitaret vel in foro alea ludere, lege, quae est de alea, condemnatum.

4) L. 1. D. h. t. Die susceptores, wie solche Wirthe auch bezeichnet wurden, sind wohl Personen, die ein Gewerbe daraus machten, den Spielern eine Zuflucht zu gewähren, wenn sie auch nicht gerade selbst die Eigner

Digitized by Google

nach zu beſtimmende Strafe ſollte aber diejenigen treffen, welche Andere zum Spiel zu nöthigen ſuchen würden. — Juſtinian hat nun, um den Gefahren des Spieles und dem Mißbrauch deſſelben weiter zu begegnen, feſtgeſetzt [1]), daß nur 5 zur Leibesübung dienende Spiele [2]), und zwar nur, wenn ſie nicht höher als um einen Solidus geſpielt würden, erlaubt ſein ſollten; jedes andere Spiel erklärte er für unerlaubt, jedoch ſo, daß keine Strafe eintreten [3]), das Verlorene aber ſollte zurückgefordert werden können [4]), und zwar, wenn dieſes nicht von dem Spieler ſelbſt oder deſſen Erben geſchehe, ſollte die Obrigkeit die Befugniß haben, das gewonnene Geld abzufordern und die Klage darauf erſt in 50 Jahren verjähren. Auf dieſes Zurückforderungsrecht, welches wohl dem ältern römiſchen Recht fremd war, hat Juſtinian, wie es ſcheint, ein vorzügliches Gewicht, als das zweckmäßigſte Mittel zur Beſchränkung des Spieles, gelegt. Außerdem hat er noch verordnet, daß die Häuſer derer, welche gewiſſe verbotene Spiele duldeten, dem Fiscus verfallen ſein ſollten.

### β) Die Anwendbarkeit der römiſchen Rechtsgrundſätze überhaupt.

In Beziehung auf die Anwendbarkeit dieſer Grundſätze des

---

der Bank waren. Auch die ältern Interpreten des römiſchen Rechts (z. B. Azo in rubr. Cod. de relig. I. 3.) ſind dieſer Anſicht, durch welche die Geſetzgebung erſt einigermaßen begreiflich wird.

1) C. 3. Cod. de aleat. III. 45.

2) Ueber dieſelben hat ſehr weitläufig gehandelt P. *de Ajala:* de aleatoribus in E. Ottonis Thes. T. IV. p. 914 sqq. in einer beſonders in juriſtiſcher Beziehung eben ſo unbrauchbaren und inhaltloſen als unendlich ausgedehnten Abhandlung. Glück und Andere nennen nur dieſe beſondere Abhandlung über das Spiel und laſſen die ältern für die Auffaſſung des Rechtes bedeutendern von Stephanus Coſta, Paris a Puteo, Baptiſta Cacialupi, welche im Volumen IV. Tractatuum (Lugduni 1549) fol. 189—207 gedruckt ſind, ganz unerwähnt.

3) Ganz in Widerſtreit mit den hier ſehr klaren Quellen behauptet Henke, Criminalrecht Bd. III. S. 624, nach dem Pandektenrecht hätte keine Beſtrafung der Spieler ſtattgefunden und erſt die Conſtitutionen der byzant. Kaiſer hätten Geldbußen für das Betreiben unerlaubter Spiele beſtimmt.

4) Nulli liceat in publicis vel privatis domibus et locis ludere neque in genere neque in specie, et si contra factum fuerit, nulla sequatur condemnatio, sed solutum reddatur etc.

Digitized by Google

römischen Rechts, haben nun unsere Juristen zwei sehr verschiedene Ansichten aufgestellt. Einige derselben haben nämlich jene Anwendbarkeit gänzlich geläugnet, und behauptet, der Spielvertrag müsse, so weit nicht particularrechtliche Beschränkungen entgegenstehen, gemeinrechtlich als ein erlaubtes und vollkommen bindendes Rechtsgeschäft angesehen werden [1]). Zur Begründung berief man sich [2]) theils auf das Naturrecht, dem eine Beschränkung, sein Geld im Spiel zu wagen, widerstreite, theils auf deutsche Sitten und Rechtsansicht. Diese wurden dann immer nur aus der bekannten Aeußerung des Tacitus hergeleitet, und indem man von da sogleich einen Sprung in die neueste Zeit machte, aus einer Art stillschweigender Billigung der Regenten, indem ja selbst an Höfen im Beisein der Fürsten stark gespielt werde, der Staat ja sogar das Spiel zu einer Quelle des Einkommens mache, da er gestempelte Karten verkaufe, selbst Hazardspiele in Bädern privilegire, ja sogar bei den Lotterien und Lottos Bank halte und dabei selbst eine Art Bannrecht in Beziehung auf seine Unterthanen geltend mache [3]). — Daß eine gänzliche Unkenntniß der deutschen Rechtsgeschichte verleitet hat, der römischen eine angeblich ganz abweichende deut-

---

1) So behauptet z. B. Kreittmayr, Anm. z. Cod. Max. Th. 4. K. 12, §. 5. S. 619, daß das römische Recht in diesem Stück nicht recipirt sei, man vielmehr die Spielfreiheit, sowohl bei Glücks-, Kunst- als auch vermischten Spielen so weit beibehalten hat, als nicht hie und da die Statuten und Observanz derselben Ziel und Maß gesetzt. — Er führt auch als seine Gewährsmänner daselbst Engau, Estor, Lauterbach u. And. an; Stryk (us. mod. t. de aleatorib. §. 6), den er auch nennt, sagt aber: juste faciet judex, si juri scripto insistat. Voet (Comment. tit. de aleatorib. T. II. p. 708) geht freilich nicht so weit wie Kreittmayr u. And., sagt aber, daß das Odium gegen das Spiel jetzt nicht so groß sei als es bei den Römern der Fall war, und daher nicht dieselbe Strenge dagegen stattfindet. Wir werden sehen, mit welchem Recht sich das sagen läßt.

2) S. Glück, Commentar Bd. IX. S. 344.

3) Diese Gründe finden sich fast alle schon so bei Beyer (Delineatio Dig. tit. de Aleatoribus), wornach sie auch Leyser (Med. spec. 126. n. 3.) mittheilt und zugleich bemerkt: — aliquando stupra, adulteria, singularia certamina, blasphemiae tolerantur, atque ab ipso principe fiunt. Sed quis inde crimina ista civibus omnibus permitti et poenas in illa statutas abrogari, concludat. Sciunt omnes vulgare illud: non est spectandum, quid Romae fiat, sed quid fieri debebat. S. auch F. S. *Boehmer*, Obss. ad Carpzovii Pract. rer. Crim. III. 9. 134. obs. 2.

Digitized by Google

sche Rechtsansicht entgegenzustellen und die Anwendbarkeit des römischen Rechts mit so schwachen und vagen Argumenten zu bestreiten, dürfte jetzt klar genug sein. — Die Gegner haben sich nun aber auch nicht auf eine bessere Erkenntniß des deutschen Rechtes gestützt, sondern aus dem allgemeinen Grunde der Reception des römischen Rechts im Ganzen, auch die Gemeingiltigkeit der in demselben enthaltenen Grundsätze über das Spiel hergeleitet. Indem man sich aus einem so allgemeinen Grunde gegen „die Versuche, das römische Recht wegzuraisoniren“ [1]), erklärte, hätte man folgerechter Weise eigentlich auch annehmen müssen, daß, wie es der Prätor vorgeschrieben, der, welcher in seiner Wohnung Spiele geduldet, straflos mißhandelt werden könne, wegen eines Diebstahls zur Zeit des Spiels ebenfalls nicht geklagt werden könne, und daß das Haus, worin vorzugsweise unerlaubte Spiele betrieben worden, confiscirt werden müsse. Meistentheils ist von allen diesen Vorschriften des römischen Rechts, die allerdings sich mit unsern Sitten nicht wollen gut vereinigen lassen, gar nicht die Rede, oder man beruft sich, wie gewöhnlich, wo es an einem weitern Grunde fehlt, auf eine entgegenstehende Praxis [2]). Es ist daher die Behauptung von der Anwendbarkeit des römischen Rechts vorzüglich 1) auf die Unterscheidung desselben zwischen erlaubten und unerlaubten Spielen, 2) auf die Unklagbarkeit einer aus den letztern herrührenden Schuld, und 3) das Zurückforderungsrecht des gezahlten Gewinnstes zu beschränken, und 4) auch das Nichtforderungsrecht eines zum Spiel gemachten Darlehns zu beleuchten.

Wir müssen diese Sätze nun in ihrem Verhältniß zu den Rechtsgrundsätzen, die sich in Deutschland schon vor Einführung des römischen Rechtes gebildet hatten, etwas näher betrachten und sehen, wie die Juristen in dem Willen und den Glauben, rein römisches Recht zur Anwendung zu bringen, sie aufgefaßt haben.

### 3) Die Unterscheidung zwischen verbotenen und erlaubten Spielen, nach römischer und heutiger Rechtsansicht.

Was die Unterscheidung zwischen verbotenen und erlaubten Spielen betrifft, so war das Princip, welches sich in Deutschland

1) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 298, Not. 6.

2) *Groenewegen* de legib. abrog.: ad L. 1. D. tit. de aleatorib. *Voet*, Comm. h. t. T. II. p. 708.

hervorgebildet hatte: erlaubt sind die Spiele, die zu einer ehrlichen Ergötzlichkeit und zu Kurzweil, verboten, die in gewinnsüchtiger Absicht betrieben werden, daher der Regel nach gewisse Spiele, die ihrer ganzen Einrichtung nach darauf berechnet sind, dem letztern Zweck zu dienen und auch gewöhnlich dazu gebraucht werden, und alle hohen Spiele. — Das römische Recht dagegen sah alle Spiele um Geld als unerlaubt an, und machte nur eine Ausnahme in Bezug auf diejenigen Spiele, die zur Uebung kriegerischer Tugenden dienten (qui virtutis causa fiunt). — Die Juristen nun, die ein deutsches oder vielmehr germanisches Rechtsbewußtsein (denn es schreibt sich, was wir hier erwähnen wollen, schon aus den Zeiten der ältern italischen Juristenschulen her) mit zu dem römischen Recht herzubrachten, geben demselben die Deutung, es erlaube alle Spiele, die zur Uebung der Leibes- und Geisteskräfte[1]) dienten, dieses sei aber bei allen Spielen der Fall, deren Ausübung eine gewisse Kraftaufwendung und Fertigkeit, ein Erlernthaben der Sache und eine Anwendung dieser Kunst erfordern; diesen Spielen gegenüber stehen dann diejenigen, bei denen das nicht der Fall ist, bei welchen Glück oder Zufall lediglich entscheidet. Erlaubt also seien die Kunstspiele, unerlaubt die Glücksspiele. Indem man auf diese Weise dem römischen Recht eine Ansicht untergeschoben hatte, die demselben eigentlich fremd war, da es die sogenannten Kunstspiele, wenn sie nicht dem oben bezeichneten Zweck dienen, gar nicht vor den Glücksspielen begünstigte[2]), hatte man dasselbe dem, was im germanischen Europa bisher üblich war, näher gebracht, indem die gefährlichen schädlichen Spiele, gegen welche

1) *Steph. Costa* de ludo a. a. O. Art. 2, §. 24. — — nam ea quae sunt animi longe praeciosiora quam corporis. — Si ergo licitus ludus concernens virtutem corporis, ergo et virtutem animi concernens erit licitus.

2) Da diese Art des Verständnisses des römischen Rechts durchaus die herrschende geworden ist, in dem Just. Cod. sich aber nichts findet, was sich auf Uebung der Geisteskräfte deuten läßt, so hat man sich (s. Glück a. a. O. S. 327 und selbst Mühlenbruch Pand. §. 426) auf Seneca's Briefe berufen, wo vom Schachspiel: latrunculis ludere (epist. 106 u. 117) als einer erlaubten Handlung die Rede ist. Man hat aber übersehen, daß dort gar nicht gesagt ist, daß um Geld gespielt worden, was allein das Entscheidende ist, da nur *in pecuniam ludere* verboten war.

Digitized by Google

die deutschen Spielverbote oftmals vorzüglich gerichtet waren, ihrer Beschaffenheit nach meist Glücksspiele in diesem Sinne waren. Man fühlte aber schon früh, daß jene Eintheilung sich nicht streng durchführen lasse, weil auch bei Spielen, die eine gewisse Fertigkeit fordern, der Zufall mitwirkt, die Lenkung nur mehr oder minder von dem Spieler abhängt, und so hatte man denn schon in den italienischen Rechtsschulen, als eine Mittelclasse, die gemischten Spiele eingeschoben. Wir finden diese drei Classen bei den ältern Schriftstellern über das Spiel [1]), so wie beim Angelus Aretinus [2]) und andern italienischen Criminalisten [3]). In Deutschland haben sie namentlich die sächsischen Juristen aufgenommen [4]), und so fanden sie denn, wie es scheint, den Weg auch in die deutschen Gesetze. Mit den sogenannten gemischten Spielen, durch deren Einschieben man, wie es scheint, einer ungenügenden Eintheilung im Kunst- und Glückspiele nachhelfen wollte, fand man sich nun aber offenbar immer in einer gewissen Verlegenheit. Welche von den üblichen Spielen sollte man dahin rechnen, da die erforderliche Geschicklichkeit oft auf ein geringes Maß herabsinkt [5])? Es haben neuere

1) *Steph Costa*, De ludo art. 2, §. 1. (fol. 190.): Tres sunt ludi species — Quidam est ludus consistens in ingenio et in hoc solet connumerari ludus scachorum. Quidam consistens in fortuna et in hoc solet connumerari ludus azari et chartarum — Quidam est ludus partim dependens a fortuna partim ab ingenio qualis est ludus taxillorum s. tabularum cum taxillis, nam ibi dicitur in parte versari ingenium in locandis tabulis. — *Par. a Puteo* de Ludo §. 11. (fol. 197[b]) Triplex est ludorum maneries sc. solius fortune: et iste est prohibitus quia est stultum submittere se viribus fortune; est ludus qui consistit in peritia et industria s. in virtute vel in robore corporis et iste est permissus; mixtus autem ludus et tabularum et similium est prohibitus nisi pro convivio. *B. Cacialupi* de ludo §. 7: — Nam quidam ludus est meri ingenii ut ludus scachorum et similes, quidam fortune ut taxillorum, quidam mixtus tam ex fortuna quam ex ingenio procedens, ut est ludus alearum, minoreti, sbarraglini et similes.

2) Tractatus de maleficiis s. v. Mettidore de mali dati etc. (ed. Venetiis 1578 p. 146[b]).

3) Z. B. *Julii Clari* recept. sentent. V. §. Ludus.

4) *Rauchbar*, Quaest. jur. civ. et Sax. P. II. quaest. 25. §. 1, 2, 22. So auch *Carpzov:* Practica rer. Crim. P. III. quaest. 134. §. 14.

5) Angelus Aretinus führt als Beispiel für die reinen Glücksspiele ludus taxillorum an und stimmt mit Cacialupi überein, während Costa

Schriftsteller nicht so ganz mit Unrecht bemerkt, daß das Glück allein, oder Geschicklichkeit allein bei keinem, oder nur sehr wenigen Spielen den Ausgang bestimme; bei den entschieden sogenannten Glücksspielen kommt, wenn wir auch die Wahrscheinlichkeitsberechnung nicht in Anschlag bringen wollen, doch gar viel auf die Ruhe des Spielers beim Pointiren an. Aber gesetzt, es sollte sich die Classification auch durchführen lassen, so entsteht die nicht geringe Verlegenheit, ob die gemischten Spiele den verbotenen gleichgestellt oder vielmehr den erlaubten zugerechnet werden sollen? Wiewohl die ältern Juristen die gemischten Spiele meist zu den verbotenen zählten, so ist doch auch schon eine andere Ansicht laut geworden [1]). Diese Unsicherheit ist denn auch in die deutschen Gesetze übergegangen. Nach der sächsischen P.-O. von 1612 werden die Glücksspiele und die gemischten gleichgestellt und bedingt erlaubt; das Spielmandat verbietet, ohne jene Eintheilung zu erwähnen, die Hazardspiele, welche es als solche charakterisirt, die hauptsächlich vom Glück und Zufall abhängen. Klien [2]) aber erklärt sich, dieses Ausdruckes ungeachtet, dafür, daß die gemischten Spiele nicht darunter begriffen sind, weil sonst alle unsere Kartenspiele bei schwerer Strafe verboten wären; er hätte noch bemerken können, daß es durch den übrigen Inhalt des Mandats: vom Verbot der hohen Spiele und den Bestimmungen über das Spiel auf Borg, um so unwahrscheinlicher werde. In dem baierschen Gesetzbuch werden aber die gemischten Spiele bestimmt mit den Kunstspielen zusammengestellt [3]). Man hat von der dreitheiligen Eintheilung der Spiele mit-

---

es zu den gemischten zählt; als Beispiel für die gemischten nennt er ludi alearum et chartarum, welches letztere Costa wie das Hazardspiel für ein reines Glücksspiel hält. Julius Clarus rechnet zu den gemischten l. taxillorum, tabularum et chartarum; fast eben so Carpzov. Rauchbar zählt noch mehrere auf. Es bleiben auf diese Weise, wie man sieht, gar keine reinen Glücksspiele übrig, so daß die Unterscheidung zwischen Glücks- und gemischten Spielen ganz zwecklos wird. Zu den Kunstspielen rechnen diese Juristen dann, außer den im römischen Rechte angeführten und den Ritterspielen, das Schach.

1) Es wird dieses auch in den addit. zu *Bonifacius* de maleficiis. De ludo azardi et alearum bemerkt.

2) In Zachariä's Annalen a. a. O. S. oben S. 169, N. *).

3) Cod. Max. Bav. civ. Th. 4. K. 12. §. 5. So viel nun die bloßen Kunstspiele, z. B. Scheibenschießen, Ballhaus, Billard, Schach u.

Digitized by Google

hin keinen Gebrauch zu machen gewußt, weil ſie jeder feſten Grundlage ermangelte, aber nicht viel beſſer und brauchbarer, inſofern darnach beſtimmt werden ſoll, welche Spiele als erlaubt anzuſehen ſind, ſcheint mir die Unterſcheidung von Glücks- und Kunſtſpielen zu ſein. — Wenn bei einem kriegeriſchen, erobernden Volke des Alterthums von dem allgemeinen Verbot um Geld zu ſpielen, zu Gunſten der Spiele, die zur Uebung des Muthes und der Körperſtärke dienten, eine Ausnahme gemacht wurde, ſo iſt dabei Nichts, was den Ernſt des Geſetzgebers und Richters beleidigte; wenn wir aber dieſes nun nicht nur auf unſere Spiele, die eine gewiſſe körperliche Gewandheit fördern, etwa das Kegel-, Billardſpiel, ſondern, weil in unſerm bürgerlichen Leben, die geiſtige Entwicklung der körperlichen gleich oder voranzuſtellen iſt, auch auf unſer Schach, L'Hombre, Whiſt, Boſton u. a. dergl. Spiele ausdehnen wollen, und für ſie als Mittel zur Ausbildung der Geiſteskräfte, als Mithilfen zur Volkserziehung eine rechtliche Begünſtigung in Anſpruch nehmen wollen, ſo heißt das dem Rechte eine Schellenkappe aufſetzen. — Aber auch das Mißliche jener Eintheilung für die Rechtsanwendung hat ſich ſchon längſt fühlbar gemacht. Wohl in allen unſeren Staaten exiſtiren Verordnungen und Geſetze, wodurch insbeſondere die ſogenannten Hazardſpiele bei oft nicht geringer Geld- oder Gefängnißſtrafe verboten werden. Die Geſetze haben dann Hazardſpiele ſelbſt oft dahin erklärt, daß es Spiele ſind, bei welchen Glück oder Zufall allein oder hauptſächlich (darüber iſt man nicht ganz mit ſich ſelbſt einig geweſen) entſcheide; wo dieſes nicht geſchehen, glaubte man nach einer verbreiteten Vorſtellung, Beides für gleichbedeutend halten zu müſſen. Aber welche Spiele ſollte man nun zu den Hazardſpielen rechnen? Man fand ſich dabei ſo oft in Verlegenheit, daß man ſelbſt da, wo die Geſetze Hazardſpiele durch Glücksſpiele erklärt haben, glaubte darauf kein Gewicht legen zu müſſen, ſondern „einen andern Begriff des Hazardſpiels aus der Natur der Sache, den im Geſetz gegebenen Beiſpielen und dem klar

ſ. w., ſo wie auch die vermiſchten Spiele, z. B. L'Hombre, Piquet, Quadrille, Taroque, Trichaque und dergleichen betrifft, ſeynd dieſelbe weder auf Borg noch baar Geld verboten, ſondern was hierunter verſpielt worden, das kann der verſpielende Theil auf Begehren zu bezahlen ſo wenig weigern, als das Bezahlte wiederum zurückfordern u. ſ. w. Vergl. die ganz abweichenden Beſtimmungen im Landrecht v. 1616, oben S. 166.



Digitized by Google

vorliegenden Zweck der Gesetzgeber ableiten zu müssen.“ Das hat denn namentlich auch Klien [1]), dem die angeführten Worte angehören, versucht und dann den Begriff dahin bestimmt: „es seien diejenigen Spiele, bei welchen irgend eine Bestimmung in der Höhe des auf das Spiel gesetzten Satzes nicht stattfindet, sondern dieser willkürlich bald größer bald geringer ist.“ Denn diese Spiele sind es vorzüglich, die die Gewinnsucht und die Leidenschaft entzünden.

Ohne, wie es scheint, den Aufsatz von Klien gekannt zu haben, hat ein anderer Autor [2]) das Hazardspiel eben so erklärt: „es sei gleichbedeutend mit gefährlichem Wagespiel, und zwar ein solches, bei welchem sich Gewinn und Verlust binnen einer bestimmten Zeit auch nicht mit Wahrscheinlichkeit berechnen läßt, weil entweder der Einsatz oder das Verstärken und Verdoppeln desselben bis in's Unendliche der Willkür des Spielers lediglich überlassen ist.“ — Nach den Irrfahrten, zu welchen man durch das Bestreben, die deutschen Rechtsansichten im römischen Rechte wiederzufinden, verleitet worden ist, sind also diejenigen, welche sich auf die Sache näher einzugehen veranlaßt sahen, ohne es zu wissen, zu dem zurückgekehrt, was schon ältere Gesetze und Statuten aufstellen, daß besonders die gefährlichen, wachsenden Spiele, ohne daß es einer genauern Erwägung bedarf, ob bei denselben das Glück allein entscheidet oder zugleich eine gewisse Geschicklichkeit mit dazu beiträgt, den Ausgang zu bestimmen, die vorzugsweise durch die Gesetzgebung zu beschränkenden Spiele sind. — Man verkannte auch nicht, daß die Gefährlichkeit eines Spieles nicht blos von dessen eigentlicher Beschaffenheit und Einrichtung, sondern auch von der Art und Weise, wie es betrieben wird, abhängt, und daher haben die Juristen auch da, wo das hohe Spielen nicht als unerlaubt erklärt oder den Hazardspielen völlig gleichgestellt ist, doch als von selbst sich verstehend angenommen, daß Spiele überhaupt nur unter der Voraussetzung, „daß sie nicht durch unverhältnißmäßig auf's Spiel gesetzte Summen zu Hazardspielen werden“, als erlaubt betrachtet werden könnten [3]).

1) S. oben S. 169, Note *).

2) v. Hermensdorff: über Spielverbote bei den Deutschen und über den Begriff vom Hazardspiel; in Klein's Annalen d. Gesetzgebung u. Rechtsgelehrsamkeit in den preuß. Staaten, Bd. 26. S. 233 ff.

3) v. Berg, Handbuch d. Polizeirechts, Bd. 2. S. 251. Kreittmayr, Comment. Bd. 4. S. 620.

Digitized by Google

Das ist dann aber wieder ziemlich gleichbedeutend damit, daß die gewinnsüchtige Absicht eigentlich das Entscheidende ist, und zwar nicht nur in so fern als, wo sie stattfindet, ein an sich nicht gefährliches und erlaubtes Spiel zu einem verbotenen wird, wie es die sächsische P.-O. v. 1612 in Beziehung auf die Kunstspiele bemerkt, sondern daß durch den Mangel derselben, ein Spiel, welches seiner Natur nach zu den unerlaubten zu zählen wäre, diese Eigenschaft verliert. Es haben dieses aber schon ältere sächsische Juristen gelehrt, und so heißt es in einem derselben [1]):

> Plane quemadmodum artis ludi per se liciti, ex accidente fiunt illiciti — ita *fortunae* lusus, alioquin prohibiti, non semper et ubique vituperio et reprehensione digni sunt, sed quandoque tolerari et excusari queunt, si non sunt assidui vel frequentes, sed moderati, tempestivi ac doli et fraudis expertes, si fiunt ab his qui sui juris sunt, post expleta ordinaria vocationis munia, *oblectationis vel recreationis non quaestus causa*, sine blasphemiis et convitiis et citra rei familiaris dispendium vel jacturam.

So sagt auch Tittmann [2]): „die Hazardspiele sind nicht überhaupt verboten, sondern nur insofern sie gespielt werden, daß die Spielenden in Gefahr gerathen, binnen kurzer Zeit, etwa von einigen Stunden, einen erheblichen Verlust zu erleiden." Und eine ganz gleiche Ansicht hat die Verfasser des preußischen Landrechts geleitet [3]), welches die Hazardspiele nur dann für unerlaubt erklärt, „wenn aus der Beschaffenheit der spielenden Personen, des Einsatzes und den übrigen Umständen hervorgeht, daß selbige aus Gewinnsucht gespielt worden." — Mithin sind die Juristen also immer wieder, ohne es sich klar bewußt zu sein, zu dem deutschen Kriterium der Unterscheidung zwischen verbotenen und erlaubten Spielen zurückgeführt worden, und nicht, ob ein Spiel zur Uebung kriegerischer

---

1) *Rauchbar*, Quaest. l. c. n. 95. Mit denselben Worten sagt dasselbe Carpzov, Pract. rer. Crim. l. c. §. 13. B. 4. Er setzt hinzu: Etenim si ludi fortunae aut misti taliter qualificati sunt, ratio ob quam alias ludi prohibentur cessat. Auch Leyser, Med. spec. 126, beschränkt das Verbot der Spiele und Rückforderungsrecht nur auf den Fall, wenn unmäßig gespielt wird.

2) Tittmann, Handb. der Strafrechtsw. Bd. 2. S. 605.

3) Preuß. Landr. II. 20. §. 1298.



Digitized by Google

Tugend dient, nicht, ob zu deſſen Ausübung eine gewiſſe Fertigkeit erfordert wird, iſt dabei das eigentlich Entſcheidende, ſondern ob das Spiel innerhalb ſeiner natürlichen Grenzen bleibt, d. h. der Unterhaltung wegen, oder ob es der Gewinnſucht zu dienen betrieben wird; auch Leyſer ſagt von den unmäßigen Spielen: cessat enim in iis legitimus aleae finis, qui oblectatio tantum et recreatio esse debebat. Der franzöſiſche Code macht aber von allen neuern Geſetzen eine Ausnahme, und während er ſich ſonſt beim Spiel den germaniſchen Rechtsgrundſätzen anſchließt, iſt er hier zum römiſchen Recht, was ſich aus der Zeit ſeiner Entſtehung unter der Herrſchaft eines Eroberers erklärt, zurückgekehrt. Es verordnet:

(Art. 1965.) La loi n'accord aucune action pour une dette de jeu, ou pour le paiement d'un pari. (Art. 1966.) *Les jeux propres à exercer au fait des armes*, les courses à pied ou à cheval, les courses à chariot, le jeu de peaume, et autres jeux de même nature, qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps sont exceptés de la disposition précédente. — Néamoins le tribunal peut rejeter la demande, quand la somme luit paraît excessive.

**4) Wirkung dieſer Unterſcheidung. Unklagbarkeit der Spielſchuld und Strafbarkeit des verbotenen Spieles.**

Bei den Römern war nur die Forderung aus einem erlaubten Spiele klagbar, und da Juſtinian die Strafe, die auf Ausübung unerlaubter Spiele ſtand, aufgehoben hat, ſo iſt die Unklagbarkeit und das Rückforderungsrecht die Hauptwirkung, die mit dieſer Unterſcheidung verbunden geblieben war. In Deutſchland hatte ſich aber der Grundſatz gebildet, daß niemals auf Borg geſpielt werden ſollte. Es iſt gezeigt worden, wie er in Statuten und Territorialrechten vor und nach Einführung des römiſchen Rechts ausgeſprochen iſt, und ſo muß er auch jetzt noch als gemeinrechtlich betrachtet werden; denn wenn ein älterer deutſcher Rechtsgrundſatz in zahlreichen Particularrechten ſich wiederfindet, ſo beweiſen dieſe deſſen unveränderte Fortdauer, und die Reception des römiſchen Rechts kann in dieſem Fall keine für die Anwendbarkeit ſeiner Grundſätze ſtreitende Vermuthung begründen. Die Gemeingiltigkeit der Unklagbarkeit jeder Spielſchuld hat aber auch eine Stütze in den Reichsgeſetzen; denn in dem geſchichtlichen Zuſammenhange, wie wir ihn kennen ge-

Digitized by Google

lernt haben, erſcheint die Beſtimmung in der Reuterbeſtallung [1]) nicht mehr, wie ſie gewöhnlich aufgefaßt wurde [2]), als eine beſondere, nur für das Reichskriegsvolk geltende Verordnung, ſondern ſie ſtellt ſich vielmehr als die Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundſatzes auf einen beſondern Fall dar, und das Reichsgeſetz enthält alſo implicite eine Anerkennung und Beſtätigung dieſes Grundſatzes. Aber auch das römiſche Recht ergibt bei richtiger Auffaſſung kein anderes Ergebniß, als die Unklagbarkeit faſt aller bei uns üblichen Spiele, da es nur die aus Kampfſpielen, und nach Juſtinian's Verordnung nur aus 5 genau beſtimmten Spielen dieſer Art entſpringenden Forderungen als zu Recht beſtehend anerkennt. Während dieſes von mehreren Juriſten anerkannt worden iſt [3]), haben andere dagegen dieſe ſpeciellen Vorſchriften des römiſchen Rechts wenig beachtend, demſelben die Anſicht untergeſtellt, daß nach demſelben Glücksſpiele für unerlaubt, Kunſtſpiele für zuläſſig gehalten worden wären, und daß die Aufzählung gewiſſer erlaubter Spiele in den Pandekten (von der Juſtinianiſchen Conſtitution ließ dergleichen ſich ſchwerer behaupten) als beiſpielsweiſe Aufführungen anzuſehen ſeien, daß es mithin noch andere eine klagbare Forderung begründende Spiele gegeben habe, und man dieſes dann analog auf die bei uns üblichen Spiele anwenden müſſe [4]). Es hat dieſes ſelbſt in die Geſetzgebung hie und da Eingang gefunden; ſo beſtimmt z. B. das baierſche Geſetzbuch, während das Landrecht von 1616 noch jedes Spiel auf Borg unterſagt, daß ſowohl durch Kunſtſpiele, als durch ſogenannte gemiſchte Spiele, eine vollkommen giltige Forderung begründet werde [5]). Es können Beſtimmungen der Art aber

1) S. oben S. 163.

2) S. z. B. Mittermaier, P.-R. §. 298.

3) S. Strube, rechtl. Bedenken IV. Bed. 131. V. Bed. 9. Glück's Commentar, Bd. XI. S. 349.

4) S. beſ. von Berg's juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle, Bd. 2. S. 251.

5) Cod. Maxim. Bav. civ. Thl. 4. K. 12. §. 5. (S. oben S. 176, Note 3), und Kreittmayr Comm. Bd. 4. S. 619. — Weishaar ſucht, ohne ſich aber auf ſo beſtimmte Geſetze zu ſtützen, in ſeinem württemb. P.-R. §. 1328 zu deduciren, daß die gemiſchten Spiele keine bürgerliche Verbindlichkeit begründen, wohl aber die Kunſtſpiele, die den römiſchen erlaubten gleich zu achten ſind, als Billard-, Ball-, Volant-, Kegelſpiel u. ſ. w. Nach v. Kampz' mecklenb. Civilrecht Bd. 2. §. 151 begrün-

Digitized by Google

nur als Abweichungen von dem gemeinen Rechte angesehen werden. — Es haben die Juristen schon vom Standpunkt des römischen Rechtes aus behauptet, daß wegen der Schuld aus einem verbotenen Spiel auch kein Vergleich geschlossen werden könne [1]); vom Standpunkt des deutschen Rechtes aus muß dieses aber auf alle Spielschulden bezogen werden, so wie darnach überhaupt ein jedes Rechtsgeschäft ungiltig ist, durch welches der Grundsatz, daß nicht auf Borg gespielt werden soll, der die Natur eines bestimmt verbietenden Gesetzes hat, und hie und da selbst durch Androhung von Strafen noch verschärft ist, umgangen wird. Schon ältere Statuten erwähnen daher mehrfach der Ungiltigkeit einer Bürgschaft für eine Spielschuld; in dem sächsischen Spielmandat ist besonders ausführlich von der Nichtigkeit und der Behandlung von Schuldverschreibungen und Wechsel [2]), denen eine Spielschuld zu Grunde liegt und diese gleichsam verbergen sollen, die Rede. Eine Spielschuld, als eine in sich nichtige [3]),

---

den die Commerzspiele eine rechtliche Forderung. Dagegen Paulsen, schleswig-holsteinisches Privatrecht §. 115: „Spiele haben nach Gerichtsgebrauch, so wie nach besondern Gesetzen überhaupt keine Rechtswirkung." So auch in Frankfurt a. M., s. Adlerflycht, Privatrecht §. 538 und Bender, Privatrecht Bd. 1. §. 79.

1) Schon *Paris a Puteo* de ludo §. 21 u. *Cacialupi* de ludo §. 34. Die Zulässigkeit eines solchen Vergleiches hat man ableiten wollen aus L. 27. §. 3, 4. D. de pactis (2. 14.) L. 18. C. de transact. (2. 4.) L. 56. §. D. de furtis (47. 2.); allein wie wenig die Befugniß, das, was durch ein Delict verwirkt worden, durch einen Vergleich zu erlassen, hier zur Anwendung kommen kann, ist schon wiederholt bemerkt worden. S. bes. *Carpzov*, Pract. rer. Crim. III. 9. 134. n. 24. bes. dazu *Boehmer*, Obss. ad Carpzov, obs. 2., und Overbeck, Meditationen Th. 3. Med. 160. Glück, Commentar Bd. XI. S. 348.

2) *Riccius*, de cambio super pecunia lusu deperdita, in Exercitt. jur. camb. V. Sect. 5. p. 171 sqq.

3) Schon *Julius Clarus* l. c. §. Ludus n. 9. sagt: Cum enim occasione ludi non possit esse lis pariter etiam non cadit transactio. Emtio venditio, mutuum aliique contractus ludi occasione celebrati ipso jure nulli sunt, nec ulla ex hisce actio collusoribus datur. — Vergl. auch Churfürstl. pfälz. Landrecht. Anderer Theil. Tit. 26. (Heidelb. 1582), Bl. 41 b: Dieweil in unserm Churfürstenthum allen unsern Unterthanen gefährliche, theuere Spiele verboten, sollen gleichfalls alle Conträcte, Pacta, Zusagungen, so deswegen beschehen, für nichtig und kraftlos gehalten werden u. s. w. Wiederholt im Landrecht v. 1698, Tit. 2. §. 4. (v. von der Nahmer, Handb. d. rhein. Partic.-Recht. Bd. 1. S. 482).

Digitized by Google

nicht blos unklagbare, eignet ſich daher auch nicht zur Compenſation[1]) u. ſ. w.

Das verbotene Spiel unterſcheidet ſich von dem erlaubten nach deutſchen Rechtsgrundſätzen dadurch, daß jenes nur unklagbar, dieſes zugleich ſtrafbar iſt. Daher haben auch alle älteren Criminaliſten das Spiel in den Kreis ihrer Erörterung gezogen, wozu das römiſche Recht, in welchem die Strafbarkeit ja ausdrücklich aufgehoben iſt, ihnen keine gegründete Veranlaſſung hätte bieten können. Uebereinſtimmend ſagen dieſelben auch, daß, da im Civilrecht keine Strafe ausgeſprochen ſei, eine außerordentliche, von dem Richter, nach der Beſchaffenheit der Umſtände und der Perſon zu bemeſſende Geld- oder Gefängnißſtrafe eintreten müſſe, wie dergleichen denn faſt in allen Statuten und Verordnungen älterer und neuerer Zeit, welche von verbotenen Spielen reden, geſetzt iſt[2]). Die neuern Juriſten haben dagegen faſt eben ſo übereinſtimmend das Spiel aus dem gemeinen deutſchen Strafrecht verwieſen, weil es an einer Strafſatzung fehlt[3]). Doch mochten wohl überwiegende Gründe vorliegen, zu der Anſicht der ältern Strafrechtslehrer zurückzukehren. Die Unterſcheidung zwiſchen erlaubten und verbotenen Spielen haben wir nicht durch das römiſche Recht erſt überkommen, und die Strafbarkeit der letztern iſt nicht, wie man gewöhnlich annimmt, erſt durch particularrechtliche Verordnungen, die jünger als die Einführung des römiſchen Rechts ſind, begründet worden. Daß die Carolina oder ein anderes Reichsgeſetz keine Strafſatzung enthält, kann hier nichts ertragen, weil man nicht wird behaupten wollen, daß alles gemein-deutſche Recht ſich auf die Reichsgeſetze muß zurückführen laſſen. Von einer Derogation durch das römiſche Recht,

1) S. darüber Bornemann, preuß. Civilr. Bd. 3. S. 235.

2) *Angelus Aretinus* l. c. §. 20: scias ille — qui lusit, potest arbitrio judicis inquirentis de hoc puniri secundum personarum et delicti qualitatem, sive in publico sive in privato ludatur. — *Bonifacius* de maleficiis l. c. §. 13: — cum poena non sit ordinata — nec expressa sit qualitas nec quantitas poenae, quod extraordinaria poena pecuniariter puniatur. cf. §. 3. 16. — Ferner *Julius Clarus* l. c. §. ludus n. 6. — *Menoch*, de arbitr. judic. lib. II. cas. 339. n. 8 i. f. *Rauchbar* l. c. II. quaest. 25. n. 54. *Carpzov*, Pract. III. 134. n. 8. n. 17—22. — Vgl. Tittmann, Strafrechtsw. Bd. 2. §. 558.

3) S. z. B. Martin, Lehrb. (2. Aufl.) §. 258. Nr. 4. Wächter, Lehrb. Thl. 2. S. 598. Heffter, Lehrb. §. 483.

Digitized by Google

so daß dessen Begriff von erlaubten und verbotenen Spielen an die Stelle des frühern getreten sei, kann auch nicht wohl die Rede sein, denn es ist bereits dargethan: a) daß das Princip, wornach die Römer das Erlaubtsein der Spiele bestimmten, nicht für unsere Sitten paßt, und daß man daher immer wieder, wenn auch auf Umwegen, zu dem deutsch-rechtlichen zurückgekehrt ist; b) daß die Wirkung des Erlaubtseins die deutsche geblieben ist, indem es selbst reichsgesetzlich sanctionirt ist, daß überhaupt nicht auf Borg gespielt werden soll. Daraus folgt aber die fortdauernde Rechtskraft auch des übrigen Theiles der deutschen Rechtsgrundsätze über das Spiel, da ja ohne diese das Unterscheidende zwischen erlaubten und verbotenen Spielen hinweggenommen werden würde. Die Particulargesetze, die bei aller ihrer Verschiedenheit in den Einzelheiten, von gleichen Grundansichten ausgehen, auf einer gemeinschaftlich historischen Grundlage beruhen, bestätigen jene Fortdauer. Das Vorhandensein von besondern, oft erneuten und veränderten, vom Gebiete des städtischen Statutarrechts auf das der Landesgesetzgebung verpflanzten Strafgesetzen, fast in allen Staaten, hat aber der Ausschließung des Spiels aus dem Gebiete des gemeinen deutschen Criminalrechts insofern Vorschub gethan, als dadurch doch keine eigentliche Lücke für die Rechtsanwendung entstanden ist. Wo aber es an Strafgesetzen mangeln sollte, wo die vorhandenen ungenügend sind, dürften sich aus den ältern Statuten und Gesetzen gewisse Regeln entnehmen lassen, die den Richter, dessen Ermessen hier ein freier Spielraum gegeben, einigermaßen leiten können. Ziemlich allgemein wird man finden: a) daß das im verbotenen Spiel auf der einen Seite verlorene und auf der andern gewonnene Geld verfallen ist*), nicht blos, wie es neuere Gesetze wohl bestimmen, das auf der

*) Schon bremer Statuten v. 1303, oben S. 157: der Gewinner soll außer der Brüche der Stadt geben was er mit thessemen Spele wunnen hefft up der Worftafle. So auch regensb. Stadtrecht v. 1320 (oben S. 160); braunschw. alte Stadtrecht (oben S. 160). — Zusatz v. 1338 zu den alten erfurter Statuten (b. Walch, II. S. 38): Gewinne aber der Speler icht alse vele sal he der Stat gebe; nämlich außer der Brüche von einer Mark. — Stat. v. Frankf. a. M. v. 1352 (*Senckenberg*, Selecta T. 1. p. 58): un alse vele alse der gewynnet alse vele sal he der Stad gebin und darzu syner Geldes alse vele alse des Geldes ist, das he gewunnen hevet. — Lüneb. Stat. aus dem 15. Jahrhundert, oben S.

Digitized by Google

Tafel gefundene Geld, d. i. die Bank und die jedesmaligen Sätze; b) daß außerdem von den Spielern noch eine Brüche zu entrichten war, die in den einzelnen Gesetzen freilich sehr verschieden bestimmt ist, in älteren Gesetzen, oftmals der ganzen Summe, die verloren oder gewonnen worden, oder der über das erlaubte Maß verspielten gleichkam; daß aber eine Gefängnißstrafe seltener, meist nur eventuell verhängt wurde; c) daß der Wirth fast nie geringer als die Spieler selbst bestraft wurde*), was auch auf die, welche in anderer Weise die Betreibung des verbotenen Spieles gefördert haben, anwendbar ist, und zugleich darauf hinweist, daß die Bankhalter schwerer zu bestrafen sind, da gleichsam eine zweifache Strafbarkeit hier zusammentrifft, indem sie nicht nur selbst Spieler sind, sondern in einer ganz andern Weise, wie es im Verhältniß der Mitspieler zu einander der Fall ist, das verbotene Spiel hervorrufen und fördern.

### 5) Das Rückforderungsrecht des bezahlten Spielgeldes.

Was nun das Rückforderungsrecht des verspielten Geldes betrifft, so kann davon bei den nach deutsch-rechtlichen Grundsätzen erlaubten Spielen keine Rede sein, denn ein solches nicht gefährliches und nicht unmäßiges, und daher auch nicht strafbares Spiel, kann zwar nicht auf Borg gespielt werden, aber es gilt hierbei der Grundsatz, wie ihn schon das alte memminger Stadtrecht ausdrückt: „was einer dem andern unbezwungentlich gibt, das mag er wohl nehmen ohne Gefährde.“ Damit stimmt denn auch das preußische Landrecht (II. 1, 577—78) überein: Wegen Spielschuld findet keine gerichtliche Klage statt. — Was aber Jemand in erlaubten Spielen verloren und wirklich bezahlt hat, kann er nicht zurückfor-

---

161.— Churfürstl. brandenb. Verord. v. 1565 (oben S. 161): die Uebermasse des vorspielten Geldes verfallen und der so es gewonnen uns noch einmal so viel zur Strafe geben.

*) Göttinger Stat. v. 1301 (oben S. 157). Erfurter St. v. 1338, (s. vor. Note). Duderstädter Stadtr. aus d. 14. Jahrh. (oben S. 159). Regensb. St. v. 1320 (oben S. 160). Cassseler St. v. 1444 (oben S. 158). Rügenwalder St. v. 1609 (das.). Das alte memminger Stadtr. v. 1396, Art. 35: Und wer — in seinem Hus vnd gemach wissentlich spilen, walen, karten oder behainerlay, was den pfening verlieren mag, so es verboten ist, tuon lät der soll zwifalt bessrun.

Digitized by Google

dern [1]). Schwieriger wird nun aber die Sache in Bezug auf die verbotenen Spiele. Da in den Pandekten von einem Rückforderungsrecht keine Rede ist, vielmehr dessen erst in der Constitution Justinian's erwähnt wird, worin er festgesetzt hat, daß die Spieler keine Strafe treffen soll, so ist nicht unwahrscheinlich, daß er dasselbe an die Stelle der Strafe hat setzen wollen, und es fragt sich nun, ob es bei unseren verbotenen Spielen, die als solche auch strafbar sind, zur Anwendung kommen kann? Es ist die Frage neuerdings vielseitig besprochen worden, indem in einem, von deren Entscheidung abhängigen Falle, im J. 1827 u. 1828, die Spruchcollegien zu Göttingen und Heidelberg Urtheile, das zu Halle ein Gutachten abgegeben haben, die sämmtlich sich für das Recht der Rückforderung entschieden [2]), während das O.-A.-G. zu Parchim seiner entgegengesetzten Ansicht unverändert treu geblieben ist [3]). Die beiden Hauptgründe, worauf dieses seine Ansicht begründete, sind: 1) wo von einem strafbaren Spiel die Rede ist, müsse die Regel des römischen Rechts zur Anwendung kommen: daß, wenn dem Gebenden und Empfangenden gleicher Vorwurf trifft, alle Zurückforderung des schon Gezahlten selbst wegfallen soll [4]); 2) daß in den mecklenburgischen Gesetzen, die dabei zur Anwendung kamen, wie dieses in vielen Spielgesetzen der Fall sein möchte, Confiscation des auf das Spiel gebrachten Geldes verordnet ist, und also nicht der Spieler das Geld, welches bereits eingezogen worden oder worauf doch nur der Fiscus ein Recht hatte, noch einmal für sich zurückfordern kann. — Der erste dieser Gründe ist besonders in dem hallischen Gutachten bekämpft worden; und wenn man erwägt, daß Justinian ohne, wie seine Verordnung zeigt, über das Spiel und dessen Zulässigkeit irgend milder zu denken als die frühern römischen Gesetzgeber, vielmehr von dem Streben geleitet wurde, ihm noch wirksamer zu begegnen, und aus Gründen der Gesetzgebungspolitik an die Stelle der

1) Auch das österreich. Gesetzb. §. 1271—72 hat dasselbe Princip. Vergl. Zeiler, Comment. Bd. 3. S. 670.

2) Das hallische Gutachten findet sich in Elvers' juriſt. Zeitung v. 1828, Nr. 119; das heidelb. Urtheil ebendaſ. Jahrg. 1830, Nr. 35, 36.

3) S. Elvers' juriſt. Zeitung 1828, Nr. 51. 1830, Nr. 83.

4) L. 3, 4. §. 1. L. 8. D. de condict. ob turp. v. inj. c. (12. 5.) c. 2. 5. C. cod. (4. 7.). S. aber Mühlenbruch, Pand. §. 383, Note 12, und die daſelbſt angef. Schriftſteller.

Digitized by Google

Strafe das Rückforderungsrecht gesetzt hat: so kann man nicht wohl da, wo eine Strafe wieder eingeführt ist, aus dem obigen allgemeinen Grunde (wenn man ihn auch als richtig anerkennen wollte), die Unzulässigkeit des Rückforderungsrechts ableiten wollen, da die turpitudo des Spielers nicht erst durch Einführung einer Strafe wieder hergestellt ist, und das Rückforderungsrecht, welches hier auf einer besondern Verordnung beruht, mit dem Eintritt einer Strafe sich wohl vereinigen läßt. — Gegen den andern Grund hat man aber eingewendet, daß mit der Beschlagnahme, des gerade auf dem Spieltisch gefundenen Geldes, sich sehr wohl die Rückforderung dessen, was in das Eigenthum des gewinnenden Spielers übergegangen ist, vereinen lasse. — Dann haben die Vertheidiger des Rückforderungsrechts aber besonders noch ausgeführt, wie wir uns an das römische Recht, welches die Grundlage des gemeinen Rechtes ausmacht, so lange nicht besondere Gründe davon abzugehen nöthigen, halten und es mit den abweichenden Particularrechten möglichst in Uebereinstimmung zu bringen suchen, d. h. diese als derogarische Gesetze stricte interpretiren müssen.

Man wird die Richtigkeit dieser letzten Sätze, insofern ihnen nur keine unrichtige und unser deutsches Recht benachtheiligende Anwendung gegeben wird, was bei der noch immer im Entwickeln begriffenen Erkenntniß des letztern wohl geschehen kann, — nicht bestreiten wollen. Der ganze Standpunkt bei Beurtheilung der Frage über das Rückforderungsrecht würde aber ein anderer gewesen sein, wenn man davon ausgegangen wäre, daß die über das Spiel herrschenden Rechtsgrundsätze nicht eigentlich die des römischen Rechts, sondern deutschen Ursprungs sind, und es würde dann doch, wie ich glauben möchte, sich ergeben haben, daß dasselbe nicht wohl zur Anwendung gebracht werden kann. Die Gründe sind aber folgende: 1) Wenngleich das römische Recht das Spielen, als etwas Unerlaubtes und bis auf Justinian Strafbares ansah, so offenbart sich darin die Ansicht (die sich selbst in den Pandekten finden läßt, wo besonders von der Gelegenheitbietung und dem Zwange zum Spiel die Rede ist), daß der Verlierende, als der in der Regel Verleitete und, wenn auch unrecht Handelnde, doch auch Unglückliche angesehen wurde; und eine solche Auffassung muß besonders zum Rückforderungsrecht hinleiten. In den deutschen Gesetzen wird aber der Verlierende dem Gewinnenden fast durchgängig gleichgesetzt, es ist nicht

allein von keinem Rückforderungsrecht zu seinen Gunsten die Rede, sondern mehrere Statuten bestimmen noch, daß, während der Gewinnst der Obrigkeit neben einer Buße ausgeliefert werden muß [1]), der, welcher verloren hat, noch eine gleich große Brüche zahlen soll [2]). Eines Rückforderungsrechtes wird nur erwähnt, wenn einem Spieler mit Gewalt Sachen abgenommen worden; auch trat es immer ein, wo der Sohn oder Diener seines Vaters oder Herrn Gut verspielt hat; letzterer „unterwindet sich dessen wo er es findet." 2) Es ist schon bemerkt worden, daß die Statuten fast durchgängig die Confiscation des Spielgeldes dahin verstehen, daß das verspielte Geld überhaupt der Obrigkeit verfallen ist; Gesetze, die daher einen Ausdruck enthalten, der verschieden gedeutet werden könnte, z. B. „das Gut, darum gedoppelt worden", „das Geld, was auf das Spiel gebracht worden" u. s. w. [3]), müssen mithin im Zweifel nicht blos von dem Gelde verstanden werden, welches gerade im Augenblick der polizeilichen Ueberraschung und Beschlagnahme als Spielgeld vorgefunden wird, sondern von der ganzen mit Unrecht verspielten Summe; das ist, wo ein bestimmter Spielsatz gesetzlich bestimmt ist, das darüber Verspielte, bei absolut verbotenen Spielen, die ganze Summe. So heißt es in der aus dem vorigen Jahrh. herrührenden Zuchtordnung der Stadt Memmingen [4]), um einem solchen Zweifel zu begegnen:

> Wo benebens das verspielte und würklich bezahlte, oder auf dem Spielplatz befindliche Geld confiscirt und dem gemeinen Stadt Aerario verfallen sein u. s. w.

Nehmen wir dieses aber an, so würde nur in den seltenen Fällen, wo neuere Spielgesetze bestimmt nur von der Confiscation des wirklich vorgefundenen Geldes reden, die Möglichkeit einer Rückforderung stattfinden können [5]). 3) Scheint endlich nach deutsch-recht-

---

1) S. Seite 184, Note *).

2) Z. B. Stadtrecht v. Regensburg (oben S. 160, Note 2), der verleuset der muz auch zur seiner verluste als vil geben alz er vber daz pfunt verloren hat. Frankf. Stat. v. 1352 a. a. O. — alse vele der virlure alse vele hat he darzu der Stad gebin. Ferner freiberger Statut. (oben S. 161, Note 3).

3) S. oben S. 158, Note *). S. 160, Note 1.

4) Tit. XIV. Vom Spielen §. 3, in Walch, Beitr. Bd. 2. S. 327.

5) Daß auch nach preuß. Landrecht, wiewohl dieses sich nicht ausdrücklich

Digitized by Google

licher Ansicht der Richter verpflichtet, jede Klage, die sich auf eine, durch das Spiel entstandene oder auf sie sich beziehende Forderung gründet, abweisen zu müssen; es ist oben erwähnt worden, daß das alte culmische Recht dieses sogar auf die aus einem betrüglichen Spiel abgeleitete Rückforderung ausgedehnt hat[1]). 4) Wenn nun die ältern Schriftsteller über das Spiel[2]), die ältern italienischen Criminalisten[3]) und dann nach ihnen Andere[4]) von einer, dem Rückforderungsrecht entgegenstehenden Gewohnheit reden, so gewinnt diese Behauptung nun eine bestimmtere Bedeutung; es ging nämlich dieselbe offenbar aus der Wahrnehmung hervor, daß die Vorschrift des römischen Rechtes mit dem, was bis dahin üblich gewesen war, mit den in den germanischen Ländern herrschenden und in einem innern Zusammenhang stehenden Rechtsgrundsätzen über das Spiel nicht vereinbar sei. Von den holländischen Juristen wird mit der größten Bestimmtheit behauptet, daß, der Bestimmung des römischen Rechtes ungeachtet, ein Rückforderungsrecht nicht stattfinde[5]). Es fehlt auch nicht an deutschen Landrechten, welche dieses ebenfalls ausdrücklich hervorheben[6]), um damit gleichsam den

---

darüber ausspricht, auch bei verbotenen Spielen, der, welcher verloren hat, das verspielte Geld nicht wiederfordern kann, weil der Fiscus das Recht hat, dem Empfänger den verbotenen Gewinn zu entreißen, hat gegen Bielitz ausgeführt Bornemann, Civilrecht Bd. 3. S. 237.

1) S. oben S. 148, N. 3. S. 149, N. 3. S. 165, N. 1.

2) *Steph. Costa* de ludo art. 4 (cf. art. 3). *Par. a Puteo* de ludo §. 33 (cf. §. 25). *Cacialupi* de ludo §. 48, 79 sqq.

3) *Augustinus* ad Angel. Aretinum de malef. §. 16, 22. *Jul. Clarus* l. c. §. 7.

4) *Rauchbar* l. c. n. 89—92. Man beruft sich dabei auf Luther's Auslegung des siebenten Gebotes: „Wer die Gefahr liebt, kommt darin um."

5) *Groenewegen* de legib. abrog. in Hollandia ad tit. Dig. de aleatoribus: — e contra, si solverit, repetitionem eum non habere *generali* consuetudine receptum est. Nachdem er eine Reihe Schriftsteller angeführt, setzt er noch hinzu: Et hanc *totius mundi* (!) esse consuetudinem testatur Rebuff ad Const. reg. in prooem. gloss. 5. n. 56. Auch Voet (Comment ad Pand. tit. de aleat. §. 6) erklärt sich gegen die Giltigkeit des Rückforderungsrechtes.

6) Magdeb. P.-O. 54. §. 3: Was auf das Spiel durch Karten, Würfel und andere Art auf Credit verthan wird, darüber soll zwar weder in unser hohen Untergerichten verholfen werden, gleichwohl aber die *condictio indebiti* wegen dessen, was bezahlt, nicht stattfinden.

Digitized by Google

Juriſten entgegenzutreten, die dem deutſchen Recht, wo es mit dem römiſchen im Widerſpruch ſtand, den Beſitzſtand zu beſtreiten ſuchten. Es kann aber auch nicht Wunder nehmen, daß die Anſicht der Juriſten endlich auch in manche Particularrechte Eingang fand, ſo daß ſie dem, welcher Geld im verbotenen Spiel verloren hatte, das Recht gaben, dieſes zurückzufordern, wie es namentlich in dem ſächſiſchen Spielmandat [1]), dem baierſchen Civilcoder [2]) und in Holſtein durch neuere Verordnungen [3]) der Fall iſt. Der franzöſiſche Code (art. 1967) beſtimmt dagegen:

> Dans *aucun cas* le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins, qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie et escroquerie.

**c) Rückforderung eines zum Spiel gemachten Darlehns.**

Es muß nun noch die Frage berührt werden, ob derjenige, welcher einem Spieler Geld zum Spielen geliehen hat, daſſelbe wiederfordern kann. Das römiſche Recht enthält darüber keine directe Beſtimmung, doch hat man aus verſchiedenen Aeußerungen deſſelben abzuleiten geſucht, daß eine Klage in ſolchem Fall nicht ſtattfände, und die Beſtimmung in L. 12, §. 11. D. mandati (XVII. 1) ſcheint dafür allerdings ein treffendes Argument zu geben [4]). Indeß haben manche Juriſten behauptet, daß ein zum Spiel gemachtes Darlehn zurückgefordert werden könne [5]), und viele Anhänger hat eine ſchon von Azo herrührende Meinung gefunden, daß man unterſcheiden müſſe, ob das Geld von einem Mitſpieler dem andern oder von einem beim Spiele Unbetheiligten dargeliehen worden ſei, indem nicht in dem erſten, wohl aber in dem letztern Fall das dar-

1) S. oben S. 169.

2) Cod. Max. Bav. civ. Th. 4. K. 12. §. 5. Es wird dieſes dort ſowohl in Beziehung auf die Kunſt- und vermiſchten, wie auf die Glücksſpiele verordnet. S. Kreittmayr zu dieſer Stelle, Th. 4. S. 619; auch Phillips, Privatr. Bd. 1. S. 506.

3) Paulſen, ſchleswig-holſt. Privatr. §. 115.

4) „Si adulescens luxuriosus mandet tibi ut pro meretrice fide jubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem: quia simile est quasi perdituro pecuniam credideris. Vergl. L. 2. §. 1. D. Quarum rer. actio n. datur. S. auch Mühlenbruch, Pand. §. 426, Note 4.

5) Beſ. *Voet* comment. l. c. §. 4.

Digitized by Google

geliehene Geld wiedergefordert werden kann [1]). — Nach deutſchen Rechtsgrundſätzen kann darüber gar kein Zweifel ſein. Aus dem beſtimmten gemeinrechtlich anerkannten Gebot, daß nicht auf Borg geſpielt werden ſoll, folgt, daß ſelbſt bei nicht ſtrafbaren Spielen das Darleihen von Geld, es mag von einem Mitſpieler oder einem Dritten geſchehen, als unzuläſſig erſcheinen muß. Es haben daher auch ältere und neuere Statuten und Geſetze ausdrücklich beſtimmt, daß Niemand Geld zum Spiel darleihen, daß, wenn es geſchehen, er es nicht ſolle wiederfordern, der Richter darüber nicht ſolle erkennen können [2]). Das preußiſche Landrecht (I. 2, §. 581) enthält auch dieſelbe Beſtimmung, „daß Gelder, die ausdrücklich zum Spielen oder Wetten, oder zur Bezahlung des dabei gemachten Verluſtes verlangt oder geliehen worden, nicht gerichtlich eingeklagt werden können.“ Aber die Verfaſſer des Landrechts, die dieſen, wie andere deutſche Rechtsſätze aufgenommen haben, haben ſich einen derben Tadel und Zurechtweiſung von Gans in ſeinem, im Anfang unſerer Abhandlung angeführten Aufſatz [3]) zugezogen. Er erklärt es für „ein wahres Abſurdum,“ „daß den Spielern nicht die Zurückforderung ihres Spielverluſtes geſtattet iſt, während diejeni-

1) *Azo*, Summa C. de aleatorib. *Angel. Aretin.* de malef. l. c. et *Augustinus* ad Angel. §. 14—16. *Carpzov*, pract. rer. crim. III. 134. n. 27. *Stryk*, usus mod. de aleat. §. 10. Overbeck, Medit. Th. 2, Nr. 95. Es wird daſelbſt beſonders dadurch begründet, daß ein Mitſpieler die Hoffnung hat, das geliehene Geld wiederzugewinnen und ſich mit dem Schaden der Andern zu bereichern, was bei einem Dritten nicht ſtattfinde. — Auch Weishaar, württemb. Privatr. §. 1326. Note d.

2) Statuten von Frankf. a. M. v. 1352, c. 63. §. 2. a. a. O.: Auch enſül nyman dem andern kein Geld wizzentliche lyhen zum Spele, wer es darüber lühe der ſal alſe vele der Stat gebin, une wer es entneme der ſal auch alſe vele der Stad gebin. — Württemb. Landesord. v. 1495 (oben S. 160, Note 1): „und in ſonderheit, was auf Borg verſpihlt oder auf Spiel geliehen wird kein Gericht daraus erkennen. — Baier. Landesord. v. 1616 (oben S. 167, N. 4). — Memming. Zuchtordnung a. a. O.: — auch daferne auf Borg geſpielt oder von einem der Mitſpielenden oder andern dabei geſeſſenen wiſſentlich Geld in das Spiel hergeliehen worden, ſo ſolle dergleichen Schuldforderung an ſich null und nichtig ſein, und darauf nicht geſprochen noch erkannt werden. S. auch Adlerflycht, Privatr. d. St. Frankfurt, §. 538.

3) S. oben S. 141.

Digitized by Google

gen, welche Geld zum Spiel geliehen haben, nicht das Recht haben sollen, dieses Geld wiederzuverlangen.“ Er findet den Grund „der widersinnigen Bestimmung“ darin, daß sich die Verfasser das eigene Princip, von welchem sie ausgingen, nicht klar gemacht haben und daher zu Abweichungen von demselben sich haben verleiten lassen; denn indem sie in Folge des sie leitenden Princips der Gleichgiltigkeit das Rückforderungsrecht, welches das römische Recht dem Spieler gewährt, mit Recht nicht anerkannt haben, hätten sie sich verleiten lassen, der aus dem Princip der Strafbarkeit des römischen Rechts hervorgehenden Consequenz, wornach der Darleiher das Geld nicht wiederfordern kann, Raum zu geben. Gegen diesen Vorwurf hat schon Bornemann, wenigstens theilweise, die Redactoren in Schutz zu nehmen gesucht*); und wenn wir denselben auch nicht auf den Autor, von welchem er ausgegangen ist, zurückleiten können, so trifft ihn doch der, den geschichtlichen Grund und Zusammenhang der Bestimmungen des Landrechts nicht erkannt zu haben, wodurch er sich dann verleiten ließ, dieselben über den Leisten eines von ihm fingirten, dem Landrechte fremden Princips zu schlagen. Dadurch möchte aber, was ich oben über diese Behandlungsweise des Rechts bemerkt habe, noch etwas weiter gerechtfertigt erscheinen.

---

Als das Gesammtergebniß unserer Untersuchung möchten sich daher folgende Hauptregeln des heutigen deutschen, wo nicht damit unvereinbare Verordnungen bestehen, anwendbaren Rechtes hervorstellen:

Unerlaubt und strafbar ist alles Spielen in gewinnsüchtiger Absicht. Eine solche ist bei dem unmäßigen oder hohen Spiel immer anzunehmen, bei den sogenannten Hazardspielen aber, wenn nicht aus dem niedern Satz und den übrigen Umständen sich ergibt, daß das Spiel als ein ungefährliches, nur der Unterhaltung wegen geübt worden ist. Die Strafe hängt vom richterlichen Ermessen ab; die Obrigkeit hat aber in der Regel das Recht, das verspielte Geld von dem Gewinner beizutreiben.

---

*) Preuß. Civilr. B. 1. S. 237.

Digitized by Google

Erlaubt iſt jedes Spiel, welches in anſtändiger Weiſe, der Unterhaltung und Erholung wegen geübt wird. Ein ſolches Spiel kann aber auch nicht auf Borg geſpielt werden; es kann dem Gewinner das, was ihm ſogleich bezahlt worden, daher zwar nicht wieder abgefordert werden, aber er kann auch die unberichtigt gebliebene Spielſchuld in keiner Weiſe weiter rechtlich geltend machen.

Wer wiſſentlich Geld zum Spiele geliehen hat, kann, wenn es bei einem verbotenen Spiele geſchehen iſt, als Beförderer deſſelben beſtraft werden, ſonſt aber niemals die dargeliehene Summe rechtlich wiederfordern.

Es will mir ſcheinen, als wenn dieſe Regeln unſerer Denkungsweiſe und unſern Lebensverhältniſſen wohl entſprechen, als würden dadurch manche, ſonſt nicht ſeltene Mißſtände vermieden werden, indem z. B. der Richter dabei nicht in die Verlegenheit kommt, wie es geſchehen muß, wo man davon ausgeht, daß die Glücksſpiele als ſolche ſtrafbar ſind, einer Geſellſchaft, die vingt-un oder dergleichen zu ihrer Unterhaltung geſpielt hat, den Proceß zu machen oder die Geſetze unangewendet zu laſſen. Daher dürften denn dieſe Grundſätze, die auch bereits großentheils in den neuern Geſetzbüchern und namentlich im preußiſchen Landrecht ſich finden, geeignet ſein, fernern geſetzlichen Anordnungen über dieſen Gegenſtand zur Grundlage zu dienen.



Digitized by Google

# Uebersicht

über

# die deutsch-rechtliche Litteratur

vom Jahre 1839.

Von

Reyscher.

Die Herausgeber dieser Zeitschrift haben versprochen, je am Jahresschlusse einen kurzen Bericht über die deutsche juristische Litteratur zu liefern. Indem sie dieser Zusage nachkommen, kann ihre Absicht nur sein: auf die wichtigeren Erscheinungen im Gebiete der allgemeinen Rechtslitteratur und insbesondere im Gebiete des deutschen Staats- und Privatrechts aufmerksam zu machen; nicht aber sollten auch diejenigen Zweige der Rechtswissenschaft, welche von der Richtung dieser Zeitschrift schon zu Anfang ausgeschlossen worden, in ihrem Fortschritte nachgewiesen, noch eine ausführliche Beurtheilung der einzelnen Schriften gegeben werden, wofür anderwärts Gelegenheit und Aufforderung genug vorhanden ist.

## I. Allgemeine Werke.

Wir nennen zuerst die bibliographischen und kritischen, sodann die encyklopädischen Schriften. Hier kann es denn gleich mit Freude hervorgehoben werden, daß die

kritischen Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft (Leipzig, bei Tauchnitz),

zu deren Herausgabe sich der Gründer derselben, Professor Richter in Marburg, einen vormaligen Collegen, Professor Schneider in Leipzig, beigesellt, auch im dritten Jahre ihres Erscheinens einen würdigen Fortgang genommen haben. Die natürliche Folge eines besondern kritischen Instituts für die juristischen Schriften ist freilich die, daß die allgemeinen Litteraturblätter immer weniger sich mit diesen beschäftigen, und dadurch wieder einer der äußern Berührungspunkte verschwindet, welche die verschiedenen Theile der Wissenschaft sich näher gebracht haben. Allein nicht bloß die Jurisprudenz, auch die anderen besonderen Wissenschaften haben sich mehr oder weniger

Digitized by Google

auf jene Weiſe gegen die allgemeinen Litteraturblätter abgeſchloſſen, welche bei der zunehmenden Specialiſirung der Wiſſenſchaften, die leider auch die Iſolirung mehr oder weniger im Gefolge hat, und wir dürfen es wohl ſagen, bei dem Mißbrauche, der mit jenen Blättern theilweiſe getrieben worden, dem Fachbedürfniſſe nicht mehr genügten. Die Redaction der kritiſchen Jahrbücher, welche erfreulicher Weiſe der Anonymität keinen Vorſchub leiſtet (möchte ſie dieſelbe ganz ausſchließen!), hat auch in der Beziehung ihre Aufgabe richtig erkannt, daß ſie neben den Recenſionen, welche ſie ſelbſt oder ihre Mitarbeiter liefern, zugleich Nachweiſungen über die anderwärts erſchienenen Beurtheilungen gibt, und ſowohl hiedurch, als durch die fortlaufende Bibliographie, welche ſie ihren Heften anhängt, eine vollſtändige Ueberſicht der juriſtiſchen Litteratur eröffnet, deren der Rechtsgelehrte nicht entbehren kann.

Die kritiſche Zeitſchrift für Rechtswiſſenſchaft und Geſetzgebung des Auslandes von Mittermaier und Zachariä (Heidelberg, bei Mohr) iſt inſofern hier zu erwähnen, als die auswärtigen Rechte, welche durch dieſes Organ uns näher gebracht werden, mittelbar zum Verſtändniſſe und zur Ausbildung des unſrigen beitragen. Auch hier zeigt ſich abermals, wie deutſcher Fleiß ſich der Erzeugniſſe ausländiſcher Litteratur zu bemächtigen ſucht. Die meiſten Aufſätze ſind nämlich von deutſchen Schriftſtellern. Beſonders anziehend für den Germaniſten ſchienen uns in den vom Jahre 1839 vorliegenden 4 Heften (Bd. XI. und XII. Bd. 1. Heft) die Aufſätze über die neueſten rechtshiſtoriſchen Forſchungen in Bezug auf die Schweiz und den Werth der ſchweizeriſchen Rechtsgeſchichte für das Studium des deutſchen Rechts von Mittermaier; über die Colliſion der Geſetze von Demſelben, und über die Lehre vom Beſitz nach ruſſiſchem Rechte von Prof. v. Reutz in Dorpat. Der letztere Aufſatz, welcher die Monographie eines ruſſiſchen Gelehrten (Th. Moroſchkin) über denſelben Gegenſtand zum Ausgangspunkte nimmt, iſt namentlich dadurch intereſſant, daß darin über die erſten Entwicklungsverſuche einer ruſſiſchen Rechtswiſſenſchaft und die Hemmniſſe jener Entwicklung Nachricht gegeben und hier ein Zuſtand zur Anſchauung gebracht wird, wo es ſich, wie bei uns im 15. und 16. Jahrhundert, davon handelt, zwiſchen einer fremden Rechtswiſſenſchaft und der ſelbſtſtändigen Ausbildung des Nationalrechts zu wählen. Der wiſſenſchaftliche Verſuch, über den der Verfaſſer berichtet, zeigt uns zugleich in Hinſicht auf den Beſitz eine merkwürdige Uebereinſtimmung zwiſchen ruſſiſchem und altdeutſchem Recht (ſelbſt das Wort Werw = Were kommt vor), was abermals ein Beitrag iſt zu der in neuerer Zeit mehrfach entdeckten Aehnlichkeit zwiſchen den urſprünglichen Rechtseinrichtungen des ſlawiſchen und germaniſchen Volksſtamms. (Vergl. die Schilderung Montenegriens in den Dorpater Jahrbüchern 1833, Band I. Heft 2 und 4.)



Digitized by Google

Das verdienstliche Unternehmen der Göthe'schen Buchhandlung in Leipzig: Lexicon literaturae academico-juridicae, Lips. 1836 und 1838, 2 Bände, ist in einem Nachtrag und Register beendigt worden. Andererseits hat sich ein unternehmender Rechtsanwald in Baiern (Barth) zur Aufgabe gemacht, dem gefallenen Ansehen der akademischen Dissertationen zu Hilfe zu kommen, indem er eine Anzahl auserlesener, theils ursprünglich deutscher, theils in's Deutsche übersetzter Dissertationen aus dem Gebiete des gemeinen Civilrechts und Civilprocesses gesammelt herausgab und dieser seiner Sammlung das Siegel einer zweiten Ausgabe (Augsburg 1839, 1. u. 2. Lieferung) aufdrückte. Verwandt hiermit ist ein anderes Unternehmen: Sammlung interessanter Aufsätze aus dem Gebiete des gemeinen Rechts (Braunschweig, bei Leibrok), worin theils Abdrücke, theils Auszüge von Abhandlungen fremder Verfasser gegeben sind.

Als Beitrag zur juristischen Bücherkunde kann noch genannt werden:

> Bibliotheca juridica oder Verzeichniß aller brauchbaren, in älterer und neuerer Zeit, besonders aber vom Jahre 1750 bis zur Mitte des Jahres 1839 in Deutschland erschienenen Werke über alle Theile der Rechtsgelehrsamkeit und deren Hilfswissenschaften. Zuerst herausgegeben von Th. Chr. Fr. Enslin; von Neuem von W. Engelmann, Leipzig 1840.

Von der ersten im J. 1824 erschienenen Auflage dieses Bücher-Verzeichnisses unterscheidet sich die gegenwärtige dadurch, daß sie nicht, wie jene, bis zum Jahr 1700 zurückgeht und die Diplomatie, die Polizei- und Kameral-Wissenschaft ausschließt; wogegen die neueren juristischen Schriften ziemlich vollständig nachgetragen sind. (Einiges haben wir allerdings vermißt.)

Die juridischen Zeitschriften befassen sich, abgesehen von den beiden oben genannten kritischen Journalen, nicht mit dem Ganzen der Rechtswissenschaft, sondern entweder nur mit besonderen Zweigen derselben, wie z. B. das Archiv für die civilistische Praxis, die Zeitschrift für Civilrecht und Proceß; oder mit bestimmten Richtungen, wie die Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. Ein allgemeineres Ziel hat sich zwar das gegenwärtige Unternehmen gesetzt, welches nicht blos auf das Privat-, sondern auch auf das Staatsrecht, und nicht bloß auf die Geschichte, sondern auch auf die Dogmatik des Rechts gerichtet ist. Allein auch dabei mußte nicht bloß eine sehr allgemeine und weitverbreitete Richtung, die romanistische, sondern auch ein und der andere Rechtstheil, namentlich Strafrecht, Proceß, ausgeschlossen werden.

Die ausgezeichnete juristische Encyklopädie von Falk, hat die 4. Auflage erhalten (Leipzig, bei Bösenberg).

Das

Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten, enthal-

Digitized by Google

tend die geſammte Rechtswiſſenſchaft, redigirt von J. Weiske (Leipzig, bei Otto Wigand),

iſt im 4. Hefte des II. Bandes bis zum Worte „Compromiß" gelangt. Die meiſten Artikel enthalten ausführliche, manche derſelben ganz ſelbſtſtändige Aufſätze. Beſonders ſind von dem vaterländiſchen Geſichtspunkte aus gearbeitet die Artikel: Adminiſtrativ-Juſtiz, Austräge, Autonomie, Auszug, Banken, Bann, Beamte, Begnadigung, Bergrecht, Bodmerei. Auch die Artikel über einzelne Länder und Städte, z. B. Baden, Baiern, Braunſchweig, Bremen, enthalten erwünſchte Andeutungen über die dortigen beſonderen Rechtsquellen und Rechtszuſtände.

Das

Staatslexikon von C. v. Rotteck und C. Welker (Altona, bei Hammerich),

iſt bis zur 4. Lieferung des VIII. Bandes (Jeſuiten — Joniſche Inſeln) vorgerückt.

## II. Naturrecht und Geſetzgebungswiſſenſchaft.

Bei dem Antheile, welchen wir dem rationellen Elemente an der Entwicklung und Darſtellung gegebener Zuſtände einräumen (Bd. I. S. 37), wird es nicht befremden, wenn wir auch die rechtsphiloſophiſche Litteratur, insbeſondere diejenigen Schriften berückſichtigen, welche das Verhältniß der Rechtswiſſenſchaft zur Geſetzgebung angehen. Zwar iſt immer viel Streit unter den Naturrechtslehrern geweſen; allein war daſſelbe nicht im Gebiete der Philoſophie überhaupt der Fall, und wer wollte darum der letztern ihren Werth abſprechen?

Eine Ueberſicht der rechtsphiloſophiſchen Theorien und des heutigen Standes dieſer Wiſſenſchaft findet man in einem Aufſatze Warnkönig's: „Die gegenwärtige Kriſis der Rechtsphiloſophie in Deutſchland," in der deutſchen Vierteljahrsſchrift, 1839, Heft IV, S. 255, und noch ausführlicher in einem Lehrbuche deſſelben Verfaſſers:

Rechtsphiloſophie als Naturlehre des Rechts, von Dr. L. A. Warnkönig, Prof. der Rechte in Freiburg im Breisgau. Wagner'ſche Buchhandlung, 1839.

Die ältere lateiniſche Schrift: Doctrina juris philosophica (Aquisgr. 1830) iſt hier umgearbeitet, allein die frühere Auffaſſung des Rechts aus einem dreifachen Principe, welches ebenſo vielen Trieben der menſchlichen Natur entſprechen ſoll: dem der Nützlichkeit, Philanthropie und Gerechtigkeit, beibehalten und eben damit auch, wie wir fürchten, das Streben des Verfaſſers, ſeiner Theorie einen philoſophiſchen Charakter mitzutheilen, unerfüllt geblieben; denn ein eklektiſcher Verſuch dieſer Art, welcher übrigens nicht neu iſt (ſchon Grotius, Rouſſeau, Hugo und Andere ſind von ähnlichen Ideen

Digitized by Google

ausgegangen), wird eben, weil er aus der Einheit der Wissenschaft heraustritt, nicht die strengen Anforderungen derselben befriedigen. Auch wir nehmen an, daß das Recht nicht blos auf rationeller Grundlage, sondern zugleich auf einem geschichtlichen und materiellen Elemente beruhe. Allein wenn es die Aufgabe der Rechtsphilosophie ist, das rationelle Element oder den Vernunftgrund des Rechts für sich festzustellen, so dürfen nicht auch die beiden andern Elemente, welche in dem positiven Rechte hervortreten, zugleich berücksichtigt werden. Eine Theorie, welche dermaßen allen Ansichten vom Rechte zugleich Genüge thun, und ohne bestimmten Anhaltspunkt in der Philosophie oder Geschichte theils von anthropologischen, theils von metaphysischen und historischen Grundsätzen ausgehen will, schwebt gleichsam zwischen Himmel und Erde, und wenngleich der Verf. das Nützlichkeitsprincip nicht so sehr vorherrschen läßt, wie Hugo, so nähert sich doch sein System mehr einer Rechtspolitik, oder, wie er selbst sagt, „einer vergleichenden Rechtsgeschichte", als einer Rechtsphilosophie. Was der Verfasser gegen die abstracten Theorien einwendet, ist ein Vorwurf, der kaum einen neuern Naturrechtslehrer trifft, da auch von denjenigen, welche dem Kantischen Principe im Wesentlichen treu geblieben sind, das Bedürfniß anerkannt ist, dasselbe aus einem höhern Gesetze zu beweisen und ihm durch Anwendung auf Gegenstände der Erfahrung einen praktischen Inhalt zu geben. Uebrigens sind beide angeführte Schriften, wie Alles, was von der Feder des Verfassers herrührt, ausgezeichnet durch geistvolle Behandlung, und wenn man auch vom philosophischen Standpunkt aus demselben nicht beipflichten kann, so wird man doch auf dem Boden der Rechtspolitik die Unbefangenheit seiner Ansichten in vollem Maße anerkennen müssen.

Fast gleichzeitig mit dem Warnkönig'schen Lehrbuche hat auch das Naturrecht v. Rotteck's (Stuttgart, bei Hallberger 1840) eine neue Auflage erhalten, welche jedoch nicht, wie dort, durch das Bedürfniß der Umarbeitung, sondern, wie es scheint, durch den Absatz der ersten Auflage herbeigeführt ist. Schon dieser Umstand ist für die Stellung des Rotteck'schen Buchs zum Publikum bezeichnend, welches die Ansichten desselben, obgleich dem Wesen nach aus der Kantischen Philosophie hervorgegangen, nicht allzu abstract gefunden zu haben scheint. Auch in einer andern Hinsicht unterscheiden sich die Schriften der beiden freiburger Gelehrten. Während Warnkönig nur das Privatrecht einigermaßen ausführlich abgehandelt, von dem Staats- und Völkerrecht aber nur Umrisse gegeben hat, tritt bei Rotteck die publicistische Richtung hauptsächlich hervor; denn das ganze Naturrecht wird als Propädeutik zu den Staatswissenschaften von ihm behandelt. Aenderungen und Zusätze hat die neue Auflage nur wenige erhalten, welche in der Vorrede angegeben sind.

Der Streit über die sogenannte historische und nicht historische

Digitized by Google

Schule iſt durch einen warm geſchriebenen Aufſatz Thibaut's im Archiv für die civiliſtiſche Praxis, Bd. XXI. S. 391, zu Ende vorigen Jahres wieder aufgeregt worden. Wenn man auch mit dem Verfaſſer nicht durchaus einverſtanden iſt, ſo muß man doch die Freimüthigkeit, womit er, obgleich Romaniſt, die Gebrechen des römiſchen Rechts an den Tag ſtellt, und die deutſche Geſinnung, womit er einen beſſern Rechtszuſtand im Vaterlande herbeigeführt wünſcht, anerkennen, und man wird ihnen zu Liebe gewiſſe Empfindlichkeiten des Aufſatzes gern überſehen. Einen Anachronismus, welchen ein ungenannter Recenſent in der krit. Zeitſchr. für deutſche Rechtswiſſenſchaft, 1839, I. S. 187, diesfalls dem Thibaut'ſchen Aufſatze zur Laſt legt, haben wir nicht darin gefunden; denn der ſcheinbar abgeſchloſſene Friede war mehr nur ein Waffenſtillſtand, wobei die Freunde der geſchichtlichen Rechtswiſſenſchaft allerdings im Vortheile zu ſein ſchienen, theils weil ſie die Mehrzahl bildeten, theils weil ihre Gegner, wenn auch nicht ausſchließlich geſchichtlich, doch nicht „ungeſchichtlich" ſein wollten.

Wie wenig noch der alte Streit über die Natur und Behandlung des Rechts beigelegt iſt, ſieht man unter Anderem aus der akademiſchen Proluſion Maurenbrecher's, *de auctoritate prudentum* (Bonn, 1839), worin derſelbe die Anſicht, daß das poſitive Recht in den Meinungen der Juriſten ſein Beruhen habe (vergl. Band I. S. 35 dieſer Zeitſchrift), auf's Neue vertheidigt, und aus der letzten Schrift des Prof. Gans: über die Grundlage des Beſitzes (Berlin, 1839), worin die philoſophiſche Deduction des Rechtsbegriffs für die behandelte beſondere Frage in Anſpruch genommen und dem römiſchen Rechte nur inſofern eine Stimme eingeräumt wird, „als praktiſche Köpfe, wie die römiſchen Juriſten, häufig auf das Wahre zurückkommen" (S. 58). Man kann mit der neueren Begründung der Beſitzlehre nicht einverſtanden ſein, ohne darum eine abſtracte Theorie an die Stelle zu ſetzen, welche mit der Praxis nur in einer anderen Art von Widerſpruch ſich befände. Die Lehre vom Beſitz und Eigenthum, ſo ſehr ſie einer rationellen Auffaſſung fähig, iſt immerhin poſitiv genug, um zunächſt von dieſer Seite erfaßt zu werden. Gans ging davon aus: es gebe in dem Rechte nichts Factiſches, das nicht zugleich eine rechtliche Ader in ſich habe (S. 14). Allerdings iſt jede äußere Thatſache einer rechtlichen Würdigung fähig; aber darum iſt eine bloße Thatſache, z. B. der Beſitz, noch kein Recht (facta non probant jus. Tertull.); ſie kann auch Unrecht ſein. Die Aeußerung des beſonderen Willens, worin Gans den Rechtsgrund des Beſitzes findet, kann dieſem ſo wenig rechtliche Würde verleihen, als, wie Savigny mit Anderen behauptet, die Verbindung des factiſchen Zuſtandes mit der Perſon, — als ob dieſe mit jenem immer zugleich verletzt würde, und als ob jede factiſche Verletzung eines Andern ein Unrecht wäre! Daß zum juriſtiſchen Beſitz außer der Innehabung (corpus)

Digitized by Google

der Wille zu besitzen (animus) gefordert wird, hängt nicht mit dem unsichern Grundsatze der Willkür zusammen, sondern hat seinen natürlichen Grund darin, daß ohne Willen keine Handlung, also auch keine Besitzhandlung möglich ist. Also der Besitz, mit Einschluß des animus possidendi, ist vor der Hand nur etwas Thatsächliches, und die Frage, ob derselbe rechtlich, ist damit nicht entschieden. Auch die Prärogative aus dem Besitzstande nach positivem Recht, oder die Formel: beati possidentes, erklärt sich nicht aus einer Billigung des besonderen, vielleicht unrechtlichen Willens, welche den Gesetzen zu Grunde liegen soll, sondern aus der, auch vom gesetzgeberischen Standpunkte wohl zu rechtfertigenden, praesumtio dominii, welche in dem deutschen Rechte noch weiter geht, als in dem römischen, und dort namentlich auf den Grundsatz: nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet (s. jedoch Gaupp, Gewere des deutschen Rechts in dieser Zeitschr. I. S. 121 f. 129) beschränkend eingewirkt hat.

Gans war der Erste, welcher die Hegel'sche Philosophie in das positive Recht einzuführen gesucht hat (s. sein Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung). Nach ihm machte denselben Versuch Christiansen (die Wissenschaft der römischen Rechtsgeschichte, 1. Bd. 1838) und neuerdings Kierulff (Professor der Rechte zu Kiel), Theorie des gemeinen Civilrechts (1. Bd. Altona, 1839). Nach der letztern Schrift (S. 3) ist das Recht nur zu begreifen „als das Recht eines bestimmten historisch wirklichen Staats, und außer dem positiven gibt es keines." Hier geht der Verf., wie viele Schüler Hegel's, über den Meister hinaus, welcher allerdings den Begriff des Rechts als gegeben voraussetzte, aber nicht bloß in einem bestimmten Staate gefunden haben wollte, vielmehr gegen die historische Schule gerade aus dem Grunde ankämpfte, weil sie das Wesen des Rechts oder den an sich giltigen Begriff außer Augen lasse, „das Relative an die Stelle des Absoluten, die äußerliche Erscheinung an die Stelle der Natur der Sache setze" (Naturrecht S. 9—14). Was der Verf. in der vorausgeschickten allgemeinen Einleitung sagt, ist zum Theil ganz schön und gut: „das Bedürfniß und Verlangen der Gegenwart ist nicht, daß irgend ein unerhörtes Recht neu ersonnen und aufgestellt werde, sondern daß die Vielheit des Rechts, welches wir schon haben, eine Einheit und dadurch Einfachheit und Klarheit werde" (p. XXI.). Aber wie stimmt hiermit, wie mit der Ansicht, daß die gemeine Rechtstheorie das gegenwärtig zur Anwendung kommende Recht zu erfassen habe, gleichviel ob ihre ursprüngliche Quelle das Justinianeische oder kanonische Rechtsbuch, deutsche Gesetzgebung oder Praxis sei, überein, wenn der Verf. in seinem Systeme bloß römisches, zum Theil ganz unpraktisches Recht (z. B. in der Lehre von der Infamie) und Naturrecht willkürlich unter einander mischt, ohne alle Rücksicht auf deutsches Recht, welches doch wohl in dem einheitlichen Rechte der Ge-

Digitized by Google

genwart begriffen und nicht blos als eine Theorie der Particularrechte (!) anzusehen ist.

Der gewiß erlaubte Wunsch, das Privatrecht auf eine natürlichere Gestalt zurückzuführen, hat noch eine andere, kleinere Schrift veranlaßt, welche als Zeichen der Zeit hier Erwähnung verdient:

Das System des Privatrechts, aus der Natur der Sache entwickelt und in seinen Grundzügen im Hinblick auf das römische Civilrecht, dargestellt von J. E. G. Kirstetter, Rechtspracticant, Würzburg, 1839 (Selbstverlag).

Die Form dieser Schrift, welche nicht für das natura duci des Verfassers spricht, wird Vielen so anstößig erscheinen, als der Zweck derselben, die Lehrsätze der Schule, welche er zuweilen mißversteht, verdächtig zu machen. Aber es läßt sich nicht verkennen, daß der Naturalismus den Verf. mitunter zu begründeten Zweifeln geführt hat, z. B. wenn er meint, daß die Absicht der Vertragenden im Zweifel nur auf diligentia in concreto gerichtet sei (S. 57) („denn die Intention desjenigen, der bei einem Raphael ein Gemälde bestellt, ist auf etwas ganz Anderes gerichtet, als die desjenigen, der zu einem gewöhnlichen guten Maler geht"), nicht wie nach römischem Recht auf gemeinen Fleiß (diligentia in abstracto), welches Letztere auch Particularrechten, z. B. dem württembergischen (s. mein Privatr. §. 132), entgegen ist.

Verwandt mit dem Streite über die Rechtsschulen, welcher auch in dieser Zeitschrift (Bd. I. S. 27 f.), in der Vierteljahrsschrift (von Warnkönig) und in den Hallischen Jahrbüchern (von Bluntschli) erörtert worden, ja die Veranlassung desselben ist die Frage über die Codification (zu deutsch: Gesetzbuchmacherei). Auch hierüber haben sich wieder mehrere Stimmen vernehmen lassen:

Etwas zur Beruhigung für fehlgeschlagene Hoffnungen auf baldige Einführung neuer deutscher Gesetzbücher, von W. H. Pucht a, Landrichter in Erlangen, in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. XIII, Nr. 6.

Der Verfasser ein vieljähriger geachteter Praktiker, dem auch das deutsche Recht geschätzte Erörterungen verdankt, hält es für kein Unglück, daß bürgerliche Gesetzbücher nicht überall zu Stande gekommen, weil unsere Landstände nicht zur Gesetzgebung in juristischen Dingen geeignet, weil die Lücken in unserem gegenwärtigen Rechte nicht so sehr groß und jedenfalls durch neue Gesetzbücher nicht zu beseitigen seien. Alles dieß beweist unseres Erachtens zu viel; denn, wenn der Antheil des Volkes an der Gesetzgebung verderblich auf diese wirken soll, wie kommt es, daß dem Verf. dennoch das heutige Recht genügt, welches unter jener Mitwirkung vielfach ausgebildet worden? Auch wir könnten seltsame Dinge aus ständischen Berathungen anführen (als in einer gewissen Kammer die Aufhebung des Macedonianischen Rathschlusses beantragt worden, ward dieser Antrag von einem Mitgliede mit dem Ausrufe unterstützt: wir sind

Digitized by Google

keine Macedonier!); aber hat nicht die Rechtsunwissenheit vieler, selbst gebildeter Mitglieder unserer Kammern (an Juristen fehlt es darin nicht) eben in der Verbildung unseres Rechts ihren Grund, welche Thibaut so bezeichnend geschildert hat? Und ist das römische Recht besser geworden, seit die Constitutionen dasselbe schufen, das deutsche Recht, als man die Landstände nicht mehr einberief?

Ueber römisches Recht und neue Gesetzgebung von Dr. M. S. Mayer, Prof. Tübingen, bei Osiander.

Der Verfasser, obgleich von der Vortrefflichkeit des römischen Rechts überzeugt, das in diesem Augenblick von ihm wieder mit einer gelehrten Arbeit über das Erbrecht bereichert worden, ist doch so billig, zugegeben, daß die Beibehaltung desselben als eines formell giltigen Rechts manches Bedenkliche habe, und daß unser Zeitalter so gut als ein früheres befugt sei, sich sein Recht nach seiner Ueberzeugung und seinem Bedürfnisse zu setzen (S. 24 f.). Deshalb wünscht er ein Rechtsbuch in deutscher Sprache und für das gesammte Vaterland, und zwar nicht bloß über das Privatrecht, auch über Strafrecht und Proceß. Diese Ansicht unterscheidet sich von der Thibaut'schen dadurch, daß der Verfasser nicht wie Thibaut (1815) ein bürgerliches Gesetzbuch, sondern ein Rechtsbuch für Deutschland wünscht, wobei freilich das vorgeschlagene Mittel: ein Verein juristischer Notabilitäten aus allen Gauen Deutschlands, auf so manche Schwierigkeiten stoßen dürfte, als die allgemeine Aufnahme des Rechtsbuchs bei den Gerichten. Referent hat deshalb in einer schon vor eilf Jahren erschienenen Schrift über das Bedürfniß unserer Zeit in der Gesetzgebung (Stuttgart und Tübingen, 1828, bei Cotta), welche verwandte Ansichten ausspricht, mit einem anderen Antrage sich begnügt, nämlich auf Errichtung von Landrechtsbüchern, welche auf ähnliche Weise, wie die Rechtsbücher des Mittelalters, das provinzielle, und selbst ein weiter gehendes, wissenschaftliches Bedürfniß befriedigen würden. Zu eigentlichen Civilgesetzbüchern glaubten auch wir die Zeit nicht gekommen, nicht aus dem Grunde Savigny's (über den Beruf unserer Zeit in der Gesetzgebung), weil wir im römischen, sondern weil wir im deutschen Rechte noch nicht hinreichend zu Hause sind, um eine für Jahrhunderte taugliche Gesetzgebung darauf zu gründen.

## III. Quellen des deutschen Rechts und dessen Geschichte.

Die Quelle des heutigen formell gemeinen Rechts in den Bundesprotokollen ist seit geraumer Zeit der Wissenschaft verschlossen, und keine Aussicht vorhanden, sie in der nächsten Zeit wieder eröffnet zu sehen. Eine Folge davon ist, daß selbst die Lehrer des vaterländischen Rechts an den Hochschulen, wenn sie nicht aus Zeitungsartikeln schöpfen wollen, genöthigt sind, auf eine erschöpfende Er-

Digitized by Google

örterung des Bundesrechts zu verzichten. Zwar iſt öffentlichen Blättern zufolge eine neue Auflage des Corpus Juris Confoederationis Germanicae von Guido v. Mayer (Frankfurt, 1822, 2 Thle) zu erwarten, welche unter dem Titel: „Staatsacten für Geſchichte und öffentliches Recht des deutſchen Bundes" als eine, von dem Bunde autoriſirte Sammlung erſcheinen, und worin auch die Aufnahme vieler noch geheimer Beſchlüſſe (die Entſcheidungen in den hannöveriſchen Angelegenheiten nicht) geſtattet ſein ſoll. Allein wenn nicht auch die vorausgehenden Abſtimmungen in der urſprünglichen Weiſe wieder mitgetheilt, und wenn ſelbſt wichtige Entſcheidungen zurückgehalten werden, ſo iſt damit dem Bedürfniſſe nicht abgeholfen.

Um ſo ſehnſüchtiger wendet ſich jetzt der wiſſenſchaftliche Forſchungsgeiſt einer reichen Vergangenheit zu, welche, je weiter wir in ihrer Erkenntniß fortſchreiten, um ſo hellere Lichtſeiten darbietet, und welche wenigſtens den Vorzug vor der Gegenwart hat, daß das Recht der Nation öffentlich gepflegt und dadurch eine freie Ueberlieferung möglich gemacht wurde.

Von den *Monumenta Germaniae historica* (ed. Pertz) iſt ein neuer Band: Tomus V. scriptorum Tom. III. erſchienen (Hannoverae 1839), worin eine Reihe von Chroniken aus der Zeit der älteſten ſächſiſchen Kaiſer (919—1024) mitgetheilt wird, namentlich die wichtigen Annales Hildesheimenses, welche mit den Quedlinburger Annalen und den Annales Lamberti zuſammengeſtellt ſind.

Eine ſpätere Zeit beleuchten:

Acta Henrici VII. Imp. et Monumenta quaedam alia medii aevi ed. G. *Doenniges*. Pars I.

Dieſe mit Unterſtützung der berliner Akademie der Wiſſenſchaften gedruckte Sammlung umfaßt eine Anzahl von Manuſcripten, welche vor zwei Jahren in italieniſchen Archiven gefunden worden und für deutſche Staats- und Rechtsgeſchichte von großem Werthe ſind.

Regesta Imperii inde ab anno MCCCXIII usque ad annum MCCCXLVII. Von Joh. Fr. Böhmer. Frankf. am M. Dieſes Werk ſchließt ſich an die früheren Kaiſer-Regeſten Böhmer's an und enthält die Urkunden König Ludwig's des Baiern, Friedrich's des Schönen und Johann's von Böhmen, nebſt einer Auswahl der Briefe und Bullen der Päpſte und anderer für die Geſchichte Deutſchlands von 1314—1347 wichtiger Urkunden im Auszuge.

Der

Anzeiger für Kunde der deutſchen Vorzeit, herausgegeben von Fr. J. Mone (Karlsruhe, bei Chr. Th. Groos),

hat in der Vorrede zum Jahrg. 1839 ſeinen Abgang auf das Ende dieſes Jahres angekündigt, und auch dieſes kurze Daſein nur durch freiſinnige Unterſtützung des Herrn Fürſten von Fürſtenberg gefriſtet. Wir bedauern innig das Ende einer Zeitſchrift, welche dem verdienten Herausgeber Gelegenheit gegeben hat, die ihm zu Gebot geſtandenen reichen Fundgruben mit geſchichtlicher Gelehrſamkeit

Digitized by Google

auszubeuten, und können nur wünschen, daß Andere, die sich im Besitze ähnlichen Materials für die Geschichte befinden, dasselbe auf gleich uneigennützige Weise dem Publikum zueignen möchten.

Obgleich für die Herausgabe von Rechtsbüchern des Mittelalters lange zuvor schon gearbeitet worden, ehe noch an eine Dogmatik des deutschen Rechts gedacht wurde, so ist doch für jenen Zweck und namentlich für Kritik der Quellen noch sehr viel zu thun. Das letzte Jahr hat indessen wieder mehreres Ersprießliche zu Tage gefördert, unter Anderem eine neue längst erwartete Ausgabe des Schwabenspiegels:

> Der Schwabenspiegel, oder schwäbisches Land- und Lehenrechtbuch, nach einer Handschrift vom J. 1287. Herausgegeben von Dr. F. L. A. Freiherrn v. Laßberg. Mit einer Vorrede von Dr. A. L. Reyscher. Tübingen, 1840, bei L. F. Fues.

Merkwürdig ist diese Ausgabe besonders dadurch, daß die ihr zu Grunde liegende, bis jetzt bekannte älteste Handschrift, Eigenthum des Freiherrn Joseph von Laßberg zu Meersburg, die Zeit ihrer Entstehung mit deutlichen Worten in das Jahr 1287 setzt, womit auch das Alter des Textes und die Sprache und Schreibung desselben übereinstimmen. Einige Lagen des, leider nicht vollständig wieder aufgefundenen Manuscripts sind ergänzt durch den nahezu gleich alten züricher Codex, welcher von Finsler in Falk's Eranien, Heft 2, beschrieben ist. Außer dem Rechtsbuche enthält die Ausgabe ein Verzeichniß von 197 Handschriften des Schwabenspiegels, eine Collation der wichtigsten Handschriften und Ausgaben und eine Vorrede, worin Verfasser dieses das von dem verstorbenen Herausgeber zurückgelassene Werk mit einigen einleitenden Bemerkungen begleitete.

> Das Stadt- und das Landrechtsbuch Ruprechts von Freysing. Nach fünf münchner Handschriften. Ein Beitrag zur Geschichte des Schwabenspiegels. Von G. Lud. v. Maurer. Stuttgart und Tübingen, 1839. Cottaische Buchhandlung.

Das zuerst von Westenrieder nach einer Handschrift des münchner Stadtarchivs edirte Rechtsbuch Ruprechts von Freysing erscheint hier in einer vollständigeren und kritischen Ausgabe, mit einer Vorrede, worin zu beweisen gesucht wird, daß das unter dem Namen Freysing's bisher bekannte Rechtsbuch blos für die Stadt, ein anderes, Anfangs getrenntes, später mit jenem verbundenes Rechtsbuch aber für das Land Freysing ausgearbeitet worden sei. Zu dieser Entdeckung wurde Herr v. Maurer geführt durch die Einsichtnahme von 4 Manuscripten der münchner Hof- und Centralbibliothek, von welchen zwei außer dem Westenrieder'schen Codex noch ein weiteres Rechtsbuch enthalten, das, wie der Herausgeber vermuthet, für das stiftische Land bestimmt gewesen und ebenfalls

Digitized by Google

von Ruprecht verfaßt ſein ſoll. (Vorrede §. 39—40). Der Herr Herausgeber hat ſeinem Abdrucke die neueſte Handſchrift von 1473 zu Grunde gelegt, welche im erſten Theile („im erſten Rechtpuech") das Landrecht, im zweiten („ander Rechtpuech") das Stadtrecht enthält; und gewiß hat er damit einen ſehr wichtigen Beitrag zur Geſchichte des Schwabenſpiegels geliefert, welcher beiden Rechtsbüchern, vorzugsweiſe aber dem erſten, zu Grunde liegt. Indeſſen möchte die Einheit dieſer Rechtsbücher und hinwieder ihre getheilte Beſtimmung für Land und Stadt gerechtem Bedenken unterliegen. Das Landrechtsbuch iſt nämlich, wie der Herausgeber ſelbſt anerkennt, nichts Anderes, als eine Recenſion des ſchwäbiſchen Landrechts, und da dieſes bekanntlich ſehr oft in Verbindung mit Stadtrechten vorkommt, ſo haben wir dabei an ein beſonderes Rechtsbuch für das Land Freyſing nicht nothwendig zu denken. Ebenſowenig möchte es mit der Urheberſchaft Ruprechts in Abſicht auf das Landrechtsbuch ſeine Richtigkeit haben; denn wenn ſchon auch dieſes dem Meiſter Ruprecht im Regiſter der Handſchrift von 1473 zugeſchrieben wird, ſo ſtreitet doch dagegen die notoriſche Uebereinſtimmung deſſelben mit dem Schwabenſpiegel, und die von Herrn v. Maurer ſelbſt eingeräumte Thatſache, daß urſprünglich beide Rechtsbücher getrennt geweſen. Auch die Abweichungen vom Schwabenſpiegel im erſten Rechtsbuche können Ruprecht nicht zugeſchrieben werden, der ja ſchon im zweiten Rechtsbuche eine Bearbeitung des Schwabenſpiegels lieferte, und gewiß die vielen Wiederholungen in demſelben vermieden haben würde, wenn er auch das erſte verfaßt hätte. Der Schwabenſpiegel beſtand vielmehr urſprünglich für ſich in irgend einer Recenſion auch in den Händen des Stadtgerichts zu Freyſing, welche aber für das Bedürfniß der Stadt theils zu viel, theils zu wenig bot und daher von Ruprecht auf die im zweiten Buch bemerkbare Weiſe modificirt wurde. Auch jetzt mochte man übrigens jenes berühmte Rechtsbuch nicht ganz miſſen, und zog es alſo wieder herbei, jedoch abermals mit Auslaſſung einzelner Stellen, deren immer mehrere wurden, je weiter man ſich überzeugte, daß dieſelben bereits in dem Ruprecht'ſchen Buche benützt ſeien. Daß das Lehenrecht nicht in die Handſchriften des letztern übergegangen, möchte endlich nicht als ein Beweis für das hohe Alter des von Ruprecht benutzten Textes (S. 92) anzuſehen ſein; denn daſſelbe findet ſich ſchon in den älteſten Texten des Schwabenſpiegels, vielmehr dafür, daß jene Handſchriften mit Einſchluß des Landrechtsbuchs blos zum Gebrauche des Stadtgerichts beſtimmt geweſen. Auffallend iſt übrigens, daß Weſtenrieder, abgeſehen von andern Irrthümern, welche ihm nachgewieſen werden (§. 4 und 5), nicht nur ohne allen Grund das ganze zweite Buch ſeiner Ausgabe Lehenrecht nennt, ſondern auch in den Text deſſelben Manches aufgenommen hat, was, wie Herr v. Maurer behauptet, durchaus nicht zu finden iſt. (Vorr. §. 4 u. 25.)

Digitized by Google

Das alte lübecker Stadtrecht, zu unterscheiden von dem zuerst im Jahre 1586 erschienenen sogenannten revidirten Stadtrecht, hat längst die Aufmerksamkeit auf sich gezogen. Gegenwärtig liegt vor uns eine neue Ausgabe:

Das alte lübische Recht, herausgeg. von Dr. J. Fr. Hach, Rath beim Oberappellationsgerichte der vier freien Städte. Lübeck, 1839, bei v. Rohden.

Wir erhalten hier zwar nicht den Urtext, welcher von Westphalen schon edirt ist, und bis in die Zeit Heinrichs des Löwen hinaufreichen dürfte, wohl aber den demselben im Alter am nächsten kommenden sogenannten danziger, jetzt göttinger Codex, und außerdem zwei deutsche Recensionen, wovon die ältere in das Jahr 1294 gehört. Daß die danziger, schon von Dreyer mitgetheilte Handschrift hier wieder abgedruckt ist, wird mit deren Wichtigkeit und der Ungenauigkeit des früheren Drucks entschuldigt. Die Abweichungen derselben, so wie der beiden deutschen Handschriften von früheren und späteren Codices sind angegeben; auch ist in einer vierten Abtheilung alles dasjenige zusammengestellt, was in den anderen schon gedruckten lübischen Rechtsbüchern weiter sich findet, so daß man hier alles beisammen findet, was sonst von dem alten lübischen Rechte in seinen verschiedenen Formen bereits abgedruckt ist. Dem Ganzen voran steht eine Einleitung, worin der Herausgeber über die Entstehung des lübischen Rechts und seiner verschiedenen Aufzeichnungen sich ausführlich äußert.

Für die Geschichte des lübischen Rechts gibt ferner einen wichtigen Beitrag: Michelsen, der ehemalige Oberhof zu Lübeck und seine Rechtssprüche (Altona, 1839).

Das alte bamberger Recht als Quelle der Carolina. Nach bisher ungedruckten Urkunden und Handschriften zuerst herausgegeben und commentirt von Dr. H. Zöpfl, Prof. der Rechte zu Heidelberg. Heidelberg, 1839, bei Karl Groos.

Das Buch leistet mehr, als es verspricht. Es wird nämlich darin nicht blos auf das Stadtrecht von Bamberg, aus dem 14. Jahrhundert als Quelle der *Bambergensis* und *Carolina* aufmerksam gemacht, sondern auch durch den Abdruck des alten bamberger Statuts und anderer, bis jetzt ungedruckter Rechtsurkunden, und durch die beigefügte systematische Bearbeitung dieser Quellen eine Einsicht in die Stadtverfassung und in das vielfach wichtige Privatrecht Bambergs eröffnet, wofür die Freunde des deutschen Rechts dem Verfasser vielen Dank schuldig sind. Zwar besitzen wir bereits eine kleine Schrift über das bamberger Particularrecht, betitelt: Libellus consuetudinum Principatus Bambergensis, Auctore Justo *Veracio* (1681 und 1733); allein nicht nur scheint dem Verfasser derselben das geschriebene bamberger Stadtrecht lediglich unbekannt gewesen zu sein, sondern es wurden auch gerade durch dieses pseudonyme Werkchen, welches als eine der ältesten

Digitized by Google

Bearbeitungen deutscher Particularrechte von besonderem Interesse ist, manche irrthümliche Ansichten über deutsche Rechtsverhältnisse, z. B. über die eheliche Gütergemeinschaft, über die Einkindschaft, in Gang gebracht, von denen der Verfasser jetzt nachweist, daß sie dem alten bamberger Rechte völlig fremd und erst durch die romanisirenden Juristen allmälig in die Praxis und zuletzt in das bamberger Landrecht von 1769 übergegangen sind. Bei der Ausgabe des alten Stadtrechts, dessen Abfassungszeit sich nicht genau ermitteln läßt, ist eine Handschrift aus dem Ende des 15. Jahrhunderts zu Grunde gelegt, zugleich aber auf eine Anzahl anderer Codices Rücksicht genommen, deren Abweichungen angegeben sind. Die älteste vorhandene Handschrift ist aus der Mitte des 14. Jahrhunderts, vor welcher jedoch die eben genannte jüngere nicht bloß den Vorzug leichterer Zugänglichkeit, sondern auch größerer Vollständigkeit hat. Es fehlen nämlich in jener die ersten 80 Blätter.

Außer den Stadtrechten sind für die Kenntniß des Rechts im Mittelalter bekanntlich von großem Werthe die Aufzeichnungen der Gewohnheiten des Landvolks in den Weisthümern und Dorfstatuten. J. Grimm, welcher zuerst in den deutschen Rechtsalterthümern auf den Umfang und Reichthum dieser Quelle hinwies, hat eine Sammlung von Weisthümern in 2 Bänden versprochen, welche, wie wir hören, im Drucke ist. (Göttingen, bei Dieterich.) Eine Sammlung württemberger Statutarrechte (1. Band Tübingen, 1834), welche eine große Anzahl von Ortsrechten, die bis zur Abfassung des Landrechts (1555) in Uebung waren, und namentlich sämmtliche im J. 1552 eingeschickten Berichte der Aemter über Erb- und andere Gebräuche mitzutheilen bestimmt war, konnte der guten Aufnahme ungeachtet, welche sie bei den Ersten des Fachs gefunden, aus Rücksichten, welche zu überwinden dem Referenten bisher unmöglich gewesen, nicht fortgesetzt werden. Allein nach der Erfahrung, welche Referent bei Bearbeitung des württembergischen Privatrechts über den Nutzen jener Sammlung gemacht hat, müssen wir mit Eichhorn (Hallische allgemeine Litteratur-Zeitung, 1834, Nr. 182) aufrichtig wünschen, daß Sammlungen dieser Art, welche keine Landesgesetze, sondern solche Urkunden aufnehmen, welche zunächst nur örtliches Recht betreffen, in der That aber die wichtigsten Aufschlüsse über die ursprüngliche Bedeutung und die allmälige Fortbildung der particulären Rechte geben, wo möglich auch anderwärts unternommen werden, da durch sie erst der Rechtszustand in den einzelnen Ländern vor Aufnahme des fremden Rechts und vor den authentischen Landrechten erkannt wird.

Endlich verdient hier noch genannt zu werden eine so eben erschienene neue Ausgabe der sogen. Assisen von Jerusalem, als eines der merkwürdigsten Ueberbleibsel des germanischen Mittelalters:

*Les Livres des Assises et des Usages du Royaume de Jerusalem*, s. Leges et Instituta Regni Hierosolymitani,

Digitized by Google

primum integra ex genuinis depromta codicibus mss. adjecta lectionum varietate cum glossario et indicibus ed. E. H. *Kausler*. Vol. 1. Stuttgardiae, 1839, ap. Ad. Krabbe. Zwar ein Rechtsbuch des Königreichs Jerusalem, welches in dem Titel dieses berühmten Werkes versprochen wird, ist hier nicht zu erwarten, sondern, wie dieß auch der Eingang der münchner Handschrift zu erkennen gibt, ein Rechtsbuch des Königreichs Cypern (woher auch die sämmtlichen bis jetzt bekannten Handschriften stammen), dessen Inhalt sich jedoch wahrscheinlich anschließt an die ersten Einrichtungen des Königreichs Jerusalem, und in den Ueberresten dieses Königreichs, namentlich auf der Insel Cypern, weiter ausgebildet worden. Eine ältere Redaction, welche unter Amauri, König von Cypern und Jerusalem (1197) stattgefunden haben soll, wurde bisher für verloren gehalten und eine andere vom J. 1369, welche der venetianischen Handschrift vom J. 1436 zu Grunde liegt, als die einzig übrig gebliebene angesehen. Dies war namentlich die Ansicht von Pardessus, welchem die in der münchner Bibliothek aufbewahrte Handschrift der basse cour (s. Aretin's Beiträge zur Geschichte und Litteratur, Band IX. S. 1286 ff.) nicht bekannt gewesen zu sein scheint. Wenn es übrigens wahr sein sollte, worüber der Herausgeber sich noch nicht ausgesprochen hat, daß die letztere Handschrift dem Jahre 1320 angehört, so müßte zum mindesten eine dritte Redaction der basse cour angenommen werden, welche in die Mitte jener beiden fiele. Die einzige Ausgabe der Assisen, welche bisher existirte, war die von La Thaumassière vom J. 1690. Sie enthält aber nur einen Theil der Assisen (die haute cour = cour des barons), der andere, für das Civilrecht wichtigere Theil (cour des bourgeois) ist weggelassen, und auch jener erste Theil lückenhaft und ungenau. Außerdem existirt noch eine italienische Uebersetzung bei Canciani.

Pardessus hatte früher (1834) in einem der französischen Akademie vorgelesenen Memoire den Plan einer neuen Ausgabe der Assisen entwickelt, gegen welchen der Verf. dieses in den Heidelberger Jahrb. der Litter., 1835, Heft 3, S. 241, sein Bedenken äußerte. Seither ist jene Ausgabe von der Akademie einem andern Mitgliede (M. Beugnot) übertragen worden, der jedoch bis daher nichts bekannt gemacht hat. Dagegen hat, fast gleichzeitig mit Pardessus, Hr. Archivrath Kausler in Stuttgart eine vollständige Ausgabe der ganzen Assisen unternommen, wovon nunmehr die Cour basse nach der münchner und venetianer Handschrift vorliegt (letztere steht unter dem Texte, der aus der ersteren genommen ist). Der zweite Band wird das Rechtsbuch des oberen Gerichtshofs, der dritte andere Stücke, welche an die Assisen, ähnlich wie an die deutschen Rechtsbücher, sich anschlossen, als die clef des Assises, le livre du plaidoyant und ein zugleich als Wörterbuch dienendes Register enthalten. Die Abweichungen der italienischen Uebersetzung und

Digitized by Google

anderer bis jetzt unvollständig gedruckter Handschriften sind in Anmerkungen zusammengetragen, so daß durch diese vergleichende kritische Ausgabe die bereits vorhandenen stückweisen Drucke entbehrlich werden. Der Druck ist sehr schön und genau. Indessen ist dem Verf. bereits ein anderer Unternehmer, Victor Foucher, avocat général zu Rennes, vorausgeeilt. Dieser hat eine Abschrift, welche der verstorbene Klimrath von dem Mse. zu Venedig genommen, in Verbindung der bereits gedruckten italienischen Uebersetzung herauszugeben angefangen, und sich dadurch eine Reihe erheblicher Ausstellungen zugezogen, welche Fölix in einem Briefe Kausler's in seiner Revue étrangère et francaise de législation et d'économie politique, 6. Jahrgang S. 389, hat abdrucken lassen, worauf Foucher in derselben Zeitschrift S. 460 sehr ausweichend antwortete. Kaum ist zu bemerken nöthig, daß die Assises im Mittelalter nicht die heutige Bedeutung hatten, sondern dasselbe waren, was unsere früheren Landtage, Landgerichte (s. französischer Schwabenspiegel, Th. I. S. 166 dieser Zeitschrift: „per les assises dou pays, que nos appellons lanttag.“). Daher sind in dem vorliegenden Rechtsbuche nicht blos strafrechtliche, sondern auch und vorzugsweise civilrechtliche Bestimmungen zu finden, wobei bereits ein großer Einfluß des römischen und kanonischen Rechts sich nicht verkennen läßt.

Außer diesen Quellen-Ausgaben, welche zunächst nur für die Kenntniß des alten Rechts Werth haben, sind auch die Sammlungen und Editionen neuerer Particularrechtsquellen zu berücksichtigen, da die materielle Einheit, worauf die Idee eines gemeinen Rechts in Deutschland beruht, nicht mit dem Zeitpunkte der Aufnahme des römischen Rechts abgeschlossen ist, sondern auch jetzt noch in den verschiedenen Versuchen der Landesgesetzgebungen auf ähnliche Weise hervortritt, wie früher in Form particulärer Rechtsbücher und Gewohnheiten. Wenn nun aber das System des heutigen deutschen Rechts zunächst anzuschließen ist an die neueren Quellen, so ist freilich sehr zu beklagen, daß für die Kenntniß der letzteren verhältnißmäßig noch sehr wenig geschehen ist. Die alphabetischen Repertorien, womit in mehreren Staaten, namentlich Preußen, Sachsen, noch ganz neuerlich die Masse der vorhandenen Gesetze zu beherrschen gesucht worden, ist für das wissenschaftliche Bedürfniß unbefriedigend, weil sie keinen Ueberblick über den historischen Entwickelungsgang des Rechts und selbst keine Einsicht in den Zusammenhang der einzelnen Gesetze verleiht, welche dabei nothwendig zerstückelt werden. Ebenso wenig befriedigend sind die systematischen Zusammenstellungen, welche anderwärts, namentlich in Baiern versucht worden, da sie der Dogmatik vorgreifen und die auszulegenden Gesetze nicht in ihrer authentischen Form, sondern in der doctrinellen Auffassung des Bearbeiters wiedergeben, welche natürlich keine bindende ist. Selbst wenn man die Systematik des Gesetzgebers vorherrschen und nach der gegebenen Ordnung die späteren Gesetze in



Digitized by Google

möglichst getreuer Form folgen läßt, wie dieß bei den Ergänzungen und Erläuterungen der preuß. Rechtsbücher von Graff u. And. der Fall ist, wird doch, sofern der Gesetzgeber nicht dem alten Schematismus in späteren Erlassen treu bleibt, eine Trennung der letzteren je nach ihrem verschiedenen Inhalte nothwendig, und überdieß die ganze Sammlung schwerfällig und ungenießbar.

Der Verfasser dieses hat im Gefühle des hier stattfindenden Bedürfnisses (s. Vorrede zum 1. Bd.) eine „vollständige, historisch und kritisch bearbeitete Sammlung" der württembergischen Gesetze veranstaltet, wovon bis jetzt (1828—1839) folgendes erschienen ist:

Staatsgrundgesetze, Bd. I—III von dem Herausgeber.
Gerichtsgesetze (Privatrecht, Strafrecht, Proceß) vom Rechtscons. Riecke. Bd. IV—VII, und vom Secr. Kappler VIII. Bds. 1. Abthlg.
Kirchengesetze a) protestantische, Bd. IX u. X vom Diac. Eisenlohr.
b) katholische, Bd. XI vom Prof. Lange.
Schulgesetze, von Eisenlohr Bd. XII, 1. Abthlg. (Volksschulgesetze).
Finanzgesetze, von Dr. Rud. Moser Bd. XVI. 1. Abth. Bd. XVII.

Rückständig sind noch die Sammlungen der Regierungs- und der Kriegs-Gesetze, und der Schluß von den Gerichts-, Schul- und Finanzgesetzen.

Eine ähnliche Gesetzsammlung ist späterhin für Anhalt-Bernburg angelegt und in 4 Bänden (Bernburg 1832—1834) beendigt worden, nämlich 1. Bd. Staatsgrund-, Gerichts-, Kirchen- und Schul-Gesetze von 1720—1832; 2. u. 3. Bd. Regierungs-Gesetze von 1721—1832; 4. Bd. Finanz- und Kriegs-Gesetze von 1734—1832 und im Anhang die gesetzlichen Verordnungen v. 1833 bis März 1834.

Auch das Großherzogthum Meklenburg-Schwerin besitzt jetzt eine neue vollständige Sammlung vom Anbeginn der Thätigkeit der Gesetzgebung bis zu Anfang des 19. Jahrhunderts, auf ähnliche Weise wie oben abgetheilt. 5 Bde. Wismar 1834—1839, nämlich:

1. Bd.: Umfassende ältere Verordnungen mannigfaltigen Inhaltes; Hof- und Regierungssachen.
2. Bd.: Gerichtsordnungen und Creditgesetze.
3. Bd.: Proceß- und Justizgesetze.
4. Bd.: Kirchen- und Schulgesetze.
5. Bd.: Forst-, Jagd-, Cameral- und Medicinalgesetze.

Von speciellen Sammlungen, welche im letzten Jahre erschienen sind, ist zu erwähnen: die alphabetisch-chronologische Zusammenstellung der preußischen Kirchen- und Schul-Gesetze von Fürstenthal (4 Bde.).

Digitized by Google

Die Sammlung agrarischer Gesetze des preußischen Staats von C. G. W. Dantz enthält in 4 systematischen Abtheilungen vielfach Bekanntes und Gedrucktes, z. B. die ganze Hypotheken-Ordnung. Ein s. g. rheinisches Ruralgesetzbuch von M. Pickhardt gibt eine Uebersetzung der von der Akademie der Industrie, des Ackerbaus und Handels zu Paris 1836 bekannt gemachten Zusammenstellung der auf das Forst-, Jagd- und Fischereiwesen, der Polizei und des Processes Bezug habenden Gesetze, unter Hinweisung auf die seit 1814 in den Rheinprovinzen ins Leben getretenen Bestimmungen. Endlich kann noch bemerkt werden: Handbuch aller seit 1560 bis auf die neueste Zeit erschienenen Forst- und Jagd-Gesetze des Königreichs Sachsen von H. V. Schmidt. 1. Th. (Forstgesetze).

Die deutsche Reichs- und Rechtsgeschichte hat in dem verwichenen Jahre keine Bearbeitung gefunden. Dagegen ist für die Rechtsgeschichte einzelner Theile von Deutschland Manches geschehen. Wir nennen hier beispielsweise die Mittheilungen zur Erläuterung der braunschweigischen Geschichte und Gesetzgebung von Bülow, die Geschichte und Litteratur des württembergischen Privatrechts von Wächter (1. Abth.).

Von Fortsetzungen früherer Werke ist zu nennen: P. Wigand, Wetzlar'sche Beiträge für Geschichte und Rechtsalterthümer, Heft 3 (enthält unter Anderem Mittheilungen über den Büchernachdruck im 16. Jahrhundert); v. Freyberg, pragmatische Geschichte der baierischen Gesetzgebung und Staatsverwaltung seit Maximilian I., Bd. IV (historische Einleitung in die staatsrechtliche Gesetzgebung und Verwaltung des 17. u. 18. Jahrhunderts); Warnkönig, flandrische Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. III. Abth. 2 (Urkundenbuch zu der noch zu erwartenden 1. Abthlg.); Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich, 2. (u. letzter) Theil.

## IV. Privatrecht.

Wenn man die Lehrbücher des deutschen Privatrechts mit denen des römischen vergleicht, so kann man leicht in die Versuchung kommen, dem ersteren den Charakter einer selbstständigen Disciplin abzusprechen, da wenigstens die Form der Wissenschaft, das System, ihm nicht aufgeprägt ist. Auch geben schon die Bezeichnungen: Einleitung in das deutsche Privatrecht, Grundsätze des d. P.-R. zu erkennen, daß man es hier nicht mit einer abgerundeten Lehre, sondern allenfalls mit einer Einleitungs-„Doctrin" oder einem Aggregate wissenschaftlicher Lehrsätze zu thun habe. Geht man alsdann näher auf den Inhalt ein, so findet man nicht nur diese Vermuthung bestätigt, sondern man ist auch in dem Falle, selbst an der praktischen Wahrheit der aufgestellten allgemeinen Sätze zweifeln zu müssen, so



Digitized by Google

mühselig diese durch die vorausgeschickten geschichtlichen Einleitungen gewonnen zu sein scheinen. Daher die noch häufig unter den Praktikern verbreitete Meinung, daß man sich unter dem deutschen Privatrechte nicht sowohl eine Dogmatik, als vielmehr eine Geschichte des deutschen Rechts, oder eine Einleitung in die Particularrechte (nach Hufelandischer Weise) zu denken habe.

Hierzu kommt, daß in den Zeitschriften für Civil-Recht und Civil-Praxis das deutsche Recht nur selten durch eine eigene Abhandlung vertreten, in den römisch-rechtlichen Untersuchungen aber jetzt kaum mehr als usus modernus berücksichtigt wird. Ist es nach diesem zu verwundern, wenn selbst scharfsinnige Theoretiker den Gehalt des deutschen Rechts verkennend, nur in der Rückkehr zum Buchstaben des römischen Rechts, unter Verwerfung der milderen Praxis, einen juristischen Standpunkt zu gewinnen hoffen, und wenn z. B. Roßhirt in einer Abhandlung, welche wir weiter unten werden kennen lernen, im Ernste vorschlägt, zu dem römischen Unterschiede zwischen benannten und unbenannten Verträgen, contractus und pacta zurückkehren und damit den einfach billigen Grundsatz des heutigen Obligationenrechts: pacta sunt servanda nachträglich dem römischen Formalismus zu opfern?

So viel ist gewiß, daß, wenn wir nicht dem deutschen Rechte eine breitere Grundlage und eine umfassendere Gestalt zu geben vermögen, kurz wenn wir dasselbe nicht aus seiner bisherigen Dürftigkeit erheben, seine Geltung bei den Gerichten und seine akademische Bedeutung stets eine untergeordnete bleiben wird. Doch wir wollten nicht davon reden, was für das deutsche Recht geschehen sollte, sondern was dafür im Laufe des letzten Jahres geschehen ist; und reicher ist dasselbe hier in der That geworden.

Von

Phillips' Grundsätze des deutschen Privatrechts, mit Einschluß des Lehenrechts,

ist die zweite, völlig umgearbeitete, Auflage (Berlin 1838 u. 1839, 2 Bände) jetzt vollendet. Die erste, als Lehrbuch unbrauchbare Auflage ist in der äußeren Form nicht mehr zu erkennen; allein die Grundsätze sind großentheils dieselben geblieben, und auch in der Ausführung hat der Verfasser seine früheren Eigenthümlichkeiten theilweise beibehalten, indem er aus den Begriffen: Freiheit, Vormundschaft, Gewere die dem deutschen Rechte eigenthümlichen Institute hervorgehen läßt und eine jenen Grundbegriffen angepaßte Anordnung vorzieht dem jetzt gewöhnlichen Systeme des römischen Privatrechts. Wir können auf eine Würdigung des ganzen Werkes nicht eingehen und verweisen dießfalls auf die ausführlichen Recensionen Duncker's, in der krit. Zeitschrift 1839, Bd. I. S. 231 f., und Beseler's, in den Jahrb. für wiss. Kritik 1839, Nr. 27 f. Nur die Bemerkung können wir nicht unterlassen, daß die ursprüngliche Eigenschaft eines Rechtsverhältnisses

Digitized by Google

nicht hinreicht, ſeine Stellung im heutigen Rechte zu beſtimmen, und daß der Zuſammenhang des jetzigen Rechtszuſtandes nicht klarer wird, wenn man, verzichtend auf ſyſtematiſche Durchbildung, durch Zufälligkeiten ſich leiten läßt, wie es denn gewiß nicht zu rechtfertigen iſt, wenn von den Reallaſten im II. Buche die Rede iſt, während von den Bauergütern erſt im VI. Buche gehandelt wird. Das Ganze zerfällt in VII Bücher, wovon die Lehre von der Standesverſchiedenheit allein die drei letzten einnimmt, was dem Werthe dieſer Lehre im heutigen Rechte gewiß nicht entſpricht. Das Obligationenrecht wird auffallender Weiſe großentheils im allgemeinen Theile, das Handelsrecht, ein Zweig deſſelben, im letzten Buche „vom Bürgerſtande" (!) abgehandelt. Einzelne Lehren, z. B. von den Ständen, von dem Pfändungsrechte, ſind mit beſonderer Sorgfalt gearbeitet, während bei anderen, z. B. bei der Lehre von der gerichtlichen Auflaſſung, von den Realrechten und Reallaſten auf die neuere Litteratur nicht gehörig Rückſicht genommen iſt.

Auch

Kraut, Grundriß zu Vorleſungen über das deutſche Privatrecht, mit Einſchluß des Lehen- und Handelsrechts, nebſt beigefügten Quellen (Göttingen, bei Dietrich),

iſt ſo eben noch in der zweiten, vermehrten und verbeſſerten Auflage erſchienen. Ein Grundriß, welcher ſich auf Angabe der Paragraphenfolge, der Litteratur und der Quellen beſchränkt, kann natürlich nur in dieſen drei äußerlichen Beziehungen betrachtet werden. Indeſſen wenn auch in der erſten (ſyſtematiſchen) Hinſicht wenig geändert worden, ſo hat dagegen die neue Auflage durch Nachträge von Quellen-Stellen und Litteratur manche Bereicherung erhalten.

Gründler in Erlangen hat Zuſätze und Verbeſſerungen zu ſeiner Polemik des germaniſchen Rechts drucken laſſen (Leipzig, bei Melzer).

Einzelne Theile des Privatrechts haben eine ausführliche Erörterung gefunden:

Das Wechſelrecht nach den Bedürfniſſen des Wechſelgeſchäfts im 19. Jahrhundert, von Dr. Karl Einert, k. ſächſ. geh. Juſtizrath. Leipzig, 1839, bei Vogel.

Eine Anzahl von Abhandlungen, welche eine Kritik der Hauptſätze des Wechſelrechts enthalten, wobei die franzöſiſche Geſetzgebung und Litteratur beſonders ausgehoben iſt. Daß manches Bekannte hier wieder auseinander geſetzt wird, iſt weniger auffallend (da das Buch auch für den Kaufmannsſtand beſtimmt iſt), als daß auf die neueren Schriftſteller z. B. Bender, Mittermaier, Pöhls, welche doch auch eine Stimme haben, keine Rückſicht genommen wird. Sollte nicht das ganze Buch ſchon vor geraumer Zeit geſchrieben und das Horaziſche: nonum prematur in annum auf dieſe Weiſe angewendet worden ſein? Der Eingang der Vorrede ſpricht für unſere Vermuthung.

Digitized by Google

Handbuch des allgemeinen deutschen Gewerbsrechts, mit vorzüglicher Rücksicht auf sächsisches Recht von C. A. Weiske, Hofrath u. Advocat zu Dresden. Leipzig, 1839, bei Schickert.

Dem im vorigen Jahre erschienenen Handbuche des allgemeinen (?) deutschen Landwirthschaftsrechts läßt der Verf. hier ein ähnliches Werk folgen, welches jedoch so wenig, wie das erstere, seine praktische Materie erschöpft. Nicht blos das Recht der Handwerker, auch das Handelsrecht sollte, wie es scheint, hier dargestellt werden; aber statt einer wissenschaftlichen Auffassung gibt der Verf. die verschiedensten Dinge ohne Zusammenhang und Begründung. Von dem Geldwechsel z. B. wird gesagt §. 185 b.: Der Tausch ist dem Kaufcontract ähnlich, er kommt auch im Handel, z. B. beim Buchhandel, vor. Gegenstand des Tausches sind auch fungible Sachen (Quantitäten). Wenn von beiden Contrahenten Geld ausgetauscht wird, so entsteht der Geldwechsel". Hier erfährt man nun weder, was Geld, noch was Tausch ist. Im folgenden §. wird auf ähnliche Weise vom „Banquerott" und sofort von dem Zollverein gesprochen! Von dem wichtigen Unterschiede zwischen persönlichem und dinglichem (Real-) Gewerberecht ist in dem ganzen Buche keine Rede; und auch der Bannrechte wird nur als (durch das kön. sächsische Gesetz v. 27. März 1838) aufgehoben gedacht. — Dies in einem s. g. „allgemeinen" (gemeinen) Gewerberecht!

Das Baurecht und die Rechte in Beziehung auf Gebäude in den verschiedenen Verhältnissen des bürgerlichen Lebens von Scholz, dem Dritten. Braunschweig 1839.

Seit Michaelis (1789) ist das gemeine Baurecht nicht mehr bearbeitet worden. Der Verfasser, welcher früher das Schäfereirecht auf ähnliche Weise ausgehoben, hat daher gewiß ein ebenso nützliches als mühsames Werk unternommen, indem er das in neueren Gesetzen und Schriftstellern vorgefundene Detail von polizeilichen und rechtlichen Vorschriften mit den gemeinrechtlichen Grundsätzen in Verbindung brachte. Die neuesten Gesetze über Expropriation sind noch nicht benützt, wie überhaupt diese Lehre nur nebenbei berührt ist. Auch sonst fehlt es an allgemeineren Gesichtspunkten, namentlich ist, was über nothwendige Servituten S. 317 gesagt wird, dürftig und unzureichend. Das Baurecht für denjenigen Theil der Rheinprovinzen, in welchem die französische Gesetzgebung gilt, ist besonders verfaßt von J. P. Meyer, Köln 1839.

Von einzelnen Abhandlungen sind folgende auszuzeichnen: Ueber das System der Verträge von Roßhirt. Heidelberg, 1839, bei Groos.

„Die Germanisten der neueren Zeit", behauptet der Verf., „haben hinreichend nachgewiesen, daß der Vertrag im alten deutschen Rechte förmlich war im Symbol, in gelehrten Worten, wenigstens in einem bestimmten Jaworte, daß die Scriptur manchmal als wesentlich vorgeschrieben und bei Verträgen über Immobilien der

Gewehr wegen die gerichtliche Perfection nöthig war". Wahr iſt, daß früher die Meinung dahin ging, und daß Einige, namentlich Eichhorn und Phillips noch jetzt annehmen: die Uebertragung von Eigenthum an unbeweglichen Sachen habe nach germaniſchem Recht nur mittelſt gerichtlicher Auflaſſung geſchehen können. Allein abgeſehen davon, was gegen dieſe Anſicht von dem Ref. (Beiträge zur Kunde des deutſchen Rechts) und Beſeler (Erbverträge) angeführt worden (auch Mittermaier iſt jetzt uns Beiden beigetreten), ſo iſt doch jedenfalls ganz unſtatthaft, aus dem Gebrauche der gerichtlichen oder richtiger der ſymboliſchen Form bei der Uebergabe von Immobilien (legitima traditio) zu ſchließen auf beſtimmte Erforderniſſe des vorausgehenden Vertrags. Von der Nothwendigkeit beſtimmter Wahrzeichen, Formeln oder gar einer gerichtlichen Mitwirkung bei dem Vertrage ſelbſt, wiewohl auch Phillips, Grundſätze des d. P.-R. I. S. 448, dieſelbe behauptet, kann im deutſchen Rechte, zumal in jener allgemeinen Weiſe, niemals die Rede ſein; vielmehr widerſpricht dieſem das ſchwäbiſche Landrecht (Laßberg'ſche Ausg. §. 11) u. der Sachſenſpiegel (Hom.) I. 7 geradezu. Das Ziel der Roßhirtſchen Abhandlung iſt bereits oben beſprochen worden.

Rechtsgrundſätze vom Commiſſionshandel von Dr. G. C. Treitſchke, k. ſächſ. Apellationsrathe. Leipzig, 1839, bei C. Focke.

Schließt ſich an der größeren Schrift deſſelben Verfaſſers, vom Jahre 1838: „Der Kaufcontract in beſonderer Beziehung auf den Waarenhandel nach römiſchem Recht und den wichtigſten neueren Geſetzgebungen". Das deutſche (!) Recht ſcheint nach dieſem Titel verläugnet, oder doch nur in einigen Particulargeſetzen vertreten zu ſein. Allein der That nach iſt dieß nicht der Fall, indem auch auf die Natur des Handels und deutſche Handelsgebräuche Rückſicht genommen iſt. Namentlich iſt dieß in der gegenwärtigen, gut gehaltenen Schrift geſchehen, wo auch jene undeutſche Beziehung auf dem Titel weggeblieben, die freilich für die meiſten vaterländiſchen Schriftſteller nichts Auffallendes hat.

Einige andere hierher gehörige Aufſätze ſind in den Zeitſchriften zu finden, von denen unten zu ſprechen ſein wird.

Die Bekanntmachung von Rechtsfällen iſt wieder vorzugsweiſe von ſächſiſchen und hannöveriſchen Praktikern verſucht worden.

Von Kritz (k. ſächſiſcher Oberappellationsrath) iſt ein 2ter Bd. (Leipzig, bei Barth) erſchienen. Obgleich der Verfaſſer dem römiſchen Rechte hauptſächlich ſeine Studien zugewendet hat und von der Praxis nicht mit großer Achtung ſpricht, ſo ſind doch ſeine Ausführungen nicht bloß aus dem fremden Stamme hervorgewachſen. Namentlich ſind zu bemerken die Aufſätze über den ſtillen Geſellſchafter (Nr. 2); über die Conſtituirung von Dienſtbarkeiten (Nr. 5); über das locus regit actum bei Wechſeltratten (Nr. 6); Zur Theorie über die mögliche Beurtheilung der contractmäßigen Verbindlichkeiten eines In-

Digitized by Google

länders nach Gesetzen des Auslandes (Nr. 7); Ist ein Kaufpreis creditirt oder berichtigt, wenn der Käufer zu dessen Betrage Accepte gegeben hat? (Nr. 8).

Entscheidungen praktischer Rechtsfragen mit Rücksicht auf Erkenntnisse von Oberbehörden, bearbeitet durch Dr. A. K. H. Harlitzsch, k. sächsischen Appellationsrath. Leipzig 1840. Hinrichs'sche Buchhandlung.

Der Zweck bei Herausgabe dieser Entscheidungen (es sind deren auf 31 Bogen 500 mitgetheilt) war ein doppelter: „erstlich Rechtsgelehrten, welche Zeit haben, tiefer in die beregten Fragen einzugehen, hierzu Veranlassung zu geben, sodann den Unterbehörden und Sachwaltern eine große Anzahl von Präjudicien mitzutheilen, um sie auf diese Weise mit den Ansichten der Oberbehörden und dem Schicksale (so!) hiervon abweichender Ausführungen und Entscheidungen im Voraus bekannt zu machen". Ein Eingehen auf die entscheidende Thesis kann bei der Menge des Mitgetheilten natürlich nicht erwartet werden. Gleichwohl zweifeln wir nicht, daß die Hinweisung auf die höhere Ansicht und die beistimmenden Schriftsteller einer großen Anzahl von Praktikern an den Untergerichten erwünscht sein wird.

Von der Sammlung meklenburgischer Rechtssprüche ist eine neue Folge erschienen:

Rechtssprüche des Oberappellationsgerichts zu Parchim, herausgeg. von Dr. J. C. Fr. W. Freiherrn v. Nettelbladt, großh. meklenburg. Oberappellationsrathe (Parchim u. Ludwigslust, 6r Bd.).

Auch das Privatfürstenrecht ist durch mehrere interessante Rechtsfälle bereichert worden.

Beiträge zum deutschen Privatfürstenrechte in Darstellung merkwürdiger Rechtssachen von Dr. Anton Bauer. Göttingen 1839.

Vier der berühmtesten Rechtsfälle der neuesten Zeit sind hier mit wissenschaftlicher Haltung besprochen: 1) der Streit zwischen dem Fürsten v. Bentheim Teklenburg und dem Fürsten v. Bentheim Steinfurt über die Successionsfähigkeit des Letzteren; 2) der Streit zwischen dem Fürsten von Löwenstein-Wertheim-Rosenberg und dem Herzog zu Aremberg über die Mackische Erbschaft; 3) der Streit zwischen Hessen-Cassel und den Testaments-Erben des Landgrafen von Rotenburg; 4) der Anspruch des Hauses Hessen-Philippsthal auf eine Apanage aus der Rotenburger Quart.

Einen nicht minder interessanten Streit hat zum Gegenstande der:

Abdruck der Duplikschrift für den Herrn Reichsgrafen Gustav Adolph Bentink zu Varel gegen den Herrn Reichsgrafen Wilhelm Friedrich Christian Bentink im Haag, betreffend die Successionsrechte in die s. b. Reichsgräflich Aldenburg-Ben-

Digitized by Google

tink'schen Familienfideicommiß-Herrschaften und Güter; herausgeg. von den DD. C. F. Diek und F. H. Eckenberg. Leipzig, bei Bernh. Tauchnitz jun.

Ohne uns auf eine nähere Prüfung der hier zur Sprache kommenden Streitfrage über die Lehensfähigkeit der Mantelkinder einzulassen, halten wir es für unsere Pflicht, zu berichtigen, was Diek, auf den sich vielfach bezogen wird, in seinen Beiträgen zur Lehre von der Legitimation durch nachf. Ehe S. 98 über die Ansichten württembergischer Rechtsgelehrten anführt. Allerdings behauptet W. A. Lauterbach, daß die Praxis abweichend von dem longobardischen Rechte jene Lehensfolgefähigkeit annehme, selbst wenn das Lehen von dem ersten Erwerber ausdrücklich für sich und seine ehelichen Nachkommen empfangen worden. Ebenso vertheidigt ein anderer württembergischer Schriftsteller des 17. Jahrhunderts, Myler von Ehrenbach (Genealogia personarum imperii illustrium. Stutgartiae 1664. Cap. XXIV. §. 1 u. 2) die vollkommene Gleichstellung der per matrimonium Legitimirten mit den ehelichen Kindern, insbesondere in Hinsicht auf die Lehensfolge, ausgenommen, wenn dieselben von einem Fürsten oder Reichsgrafen mit einer persona infimae conditionis erzeugt worden wären, freilich ohne dabei durch eine andere Quelle, als das römische und kanonische Recht geleitet zu sein. Dagegen haben zwei Schüler und nachmalige Collegen Lauterbach's in Tübingen, Er. Mauritius (Positionum juris feudalis decas IX. §. 1. vid. ejd. Diss. et Opusc. ed. Hertius, Wetzlar 1692, p. 728) und Bardili (Nucleus ex toto jure feud. depromptus aph. 14. Nr. 8), welche Diek nebst anderen seiner Gegner übersehen, sich der entgegengesetzten Meinung angenommen. Anderntheils werden von Diek a. a. O. die tübinger Consilien (tom. V. cons. 49. tom. IX. cons. 37) mit Unrecht für seine den Mantelkindern (voreheliche Kinder möchten wir sie lieber nennen; denn das Symbol des Mantels oder Gürtels ward schon frühe beseitigt) günstige Meinung angeführt, indem an der einen Stelle J. M. Graß (1711) sich für die Erbfolge der durch nachfolgende Ehe Anerkannten hinsichtlich einer Siedensgerechtigkeit in Schwäbisch-Hall nur darum ausspricht, weil er diese für ein bonum emphyteuticum (?) hält und daher zwischen per matrimonium und per rescriptum Legitimirten zuletzt nicht unterscheidet, in dem anderen Consilium aber (1741) W. A. Schöpff sich gerade gegen die Legitimirten ausspricht. Keiner der angeführten Schriftsteller hat übrigens, wie es scheint, auf die Observanzen des württembergischen Lehenhofs Rücksicht genommen.

Dagegen bezeugt nicht blos Bunz in seiner Handschrift des württembergischen Lehenrechts, sondern auch Breyer, elementa juris publ. Wirtembergici (1787) p. 254, daß die vorehelichen Kinder nach der Praxis des württembergischen Lehenhofs zur Lehensfolge für unfähig gehalten werden; und in Uebereinstimmung hiermit steht

auch die herzogliche Signatur v. 25. Juni 1756 (Württemb. Ges.-Slg. VI. S. 51), worin die außer der Ehe erzeugten Kinder, „wenn auch gleich solche per subsequens matrimonium oder sonsten legitimirt worden wären" (vgl. II. F. 26. §. Naturales etc.), aller Successsion in den von dem herzoglichen Hause und dem Herzogthum relevirenden Lehen für unfähig erklärt werden, mit der Bemerkung: daß solches von uralten Zeiten her bei dem württembergischen Lehenhof Legis et Observantiae sei.

Zwar sucht Diek (Beiträge S. 99, Die Gewissensehe, Legitimation durch nachfolgende Ehe und Misheirath, Halle 1838. S. 155) diese Signatur, worauf von Hefftter (Die Erbfolgerechte der Mantelkinder. Berlin 1836. S. 55) ein besonderes rechtshistorisches Gewicht gelegt wird, zu beseitigen, indem er ihre Gesetzeskraft in Zweifel stellt, weil sie niemals förmlich publicirt, noch gedruckt worden sei. Allein wenn einestheils der Herzog von Württemberg als Lehens- und Landesherr unzweifelhaft eine bestehende Lehensobservanz zu bestätigen befugt war, so mußte es anderntheils nicht minder genügen, wenn diese Bestätigung an den Lehenhof ausgeschrieben wurde. Uebrigens scheint, wie aus dem Inhalte hervorgeht, die Signatur wenigstens zur Mittheilung an die Vasallen bestimmt gewesen zu sein. Gesetzt aber auch, keine dieser Formen wäre beobachtet worden, so könnte doch damit die Rechtsbeständigkeit der in der Signatur bezeugten Observanz nicht angefochten werden, da eine Gewohnheit zu ihrer Verbindlichkeit keiner Publication bedarf. Auch ist in späteren Fällen diese Observanz von dem württembergischen Lehenhof in Anwendung gebracht worden, und es kann hiergegen die einzige Entscheidung des kön. Obertribunals, welche v. Bolley, Entwürfe von Gesetzen, Stuttgart 1835, S. 107, anführt, um so weniger in Betracht kommen, als es sich hier wieder nicht von einem adeligen, sondern einem bürgerlichen Lehen, abermals einer Siedensgerechtigkeit (in Hall? s. das oben angef. tübinger Consil v. 1711) handelte, wobei es mit der Qualification der Lehensfolger nie so streng genommen ward. Ebenso wenig verdient der Antrag, welcher von Bolley (a. a. O. S. 107 u. 119) auf Gleichstellung der vorehelichen und ehelichen Kinder hinsichtlich der Folge in adeligen Lehen- und Stammgütern gemacht worden, das Gewicht, welches ihm in der oben angezeigten Proceßschrift wiederholt (S. 153, 158, 159) beigelegt wird, da derselbe, wenn schon von einem unsrer angesehensten Rechtsgelehrten ausgehend, doch bis jetzt in keiner Weise genehmigt ist.

In den Zeitschriften für bürgerliches Recht ist, wie schon bemerkt, das deutsche Recht, selbst die deutsche Praxis wenig beachtet. Sollen wir einige Ausnahmen von dieser Regel anführen, so sind es die Aufsätze über die Rechtsfrage, ob und inwiefern die Güterrechte der Ehegatten durch die Veränderung des fori des Mannes verändert werden können, von Funk im Archiv für civilistische

Praxis, Bd. XXII., und über den Uebergang des Vermögens des Gemeinſchuldners auf die Geſammtheit der Concursgläubiger von Schenk in der Zeitſchrift für Civilrecht u. Proceß, Bd. XIII. Nr. 4. Ein kleinerer Aufſatz in der letzten Zeitſchrift (daſ. Nr. 11): „Wer hat die Gefahr bei Verſendung beſtellter Waaren zu tragen?" hätte nicht aufgenommen werden ſollen.

Die Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft, wiewohl ſie immer noch den berühmten Namen Eichhorn's an der Spitze trägt, enthält jetzt nur ſelten mehr Vaterländiſches. Im vorigen Jahr, Bd. IX. Nr. 5, erſchien noch ein Aufſatz Bluntſchli's: Das Inteſtaterbrecht des Züricheriſchen Stadtrechts und Andeutungen über das alte Alamanniſche Recht. Das neueſte Heft (Bd. X. Heft 1) umfaßt einen einzigen Aufſatz: Das Ackergeſetz des Spurius Thorius, von dem jetzigen Herausgeber Rudorff. Dagegen hat die Zeitſchrift für Landwirthſchaftsrecht von Scholz dem Dritten, wovon eben das 1. Heft des II. Bandes (Braunſchweig 1840) ausgegeben wird, und die Zeitſchrift für gutsherrlich bäuerliche Verhältniſſe, Landescultur und Geſetzgebung in den preußiſchen Staaten, mit Ausſchluß der Rheinprovinzen, von Forni, Maſuch und Kuh (Breslau 1839. 3 Hefte), ſolche Inſtitute im Auge, welche vorzugsweiſe dem deutſchen Rechte angehören und großentheils noch immer auf Herkommen beruhen. Die letztere Zeitſchrift iſt übrigens vorzugsweiſe particularrechtlichen Inhalts und enthält nicht blos rechtliche Ausführungen, deren bis jetzt nur wenige mitgetheilt ſind, ſondern auch Abhandlungen und Nachrichten techniſchen Inhalts.

Das beſondere Recht einzelner Staaten iſt letztes Jahr mehrfach bearbeitet worden. Eines Handbuchs des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts von Wächter, wovon bis jetzt die geſchichtliche Einleitung bis 1806 (Bd. I. Abth. 1) erſchienen iſt, haben wir bereits oben gedacht. Von dem Werke des Referenten über denſelben Gegenſtand iſt der zweite Theil, die dinglichen und die Forderungsrechte enthaltend, unter der Preſſe.

Mit Vergnügen können wir anzeigen, daß von Bornemann's ſyſtemat. Darſtellung des preußiſchen Civilrechts, mit Benutzung der Materialien des allg. Landrechts, Bd. 6. Abth. 2, enthaltend das Erbrecht und die Lehre von Familienſtiftungen und Fideicommiſſen (Berlin, bei Jonas), erſchienen und damit das beſte Werk über das preußiſche Landrecht vollendet iſt (Bd. I—4 erſchienen in einer 2. Aufl.).

Die Statutar- u. Gewohnheitsrechte des Herzogthums Weſtphalen hat aus den Quellen geſchichtlich und praktiſch dargeſtellt, mit Urkunden und Rechtsfällen, Seibertz (Arnsberg, bei Ritter).

Weiter iſt erſchienen der 2. Theil der Abhandlungen aus dem Lübiſchen Recht von Pauli (Lübeck, 1840), enthaltend die ehelichen Güterrechte, nach großentheils ungedruckten Quellen.

Digitized by Google

Auch das Studium des Particularrechts zieht sich mehr und mehr in die Zeitschriften zurück. Fast in jedem Staate ist jetzt einer oder mehrere solcher litterarischer Sammelplätze eröffnet.

Reichhaltig an juristischen Erörterungen über praktische Materien ist namentlich die Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung zunächst für das Königreich Sachsen (bis jetzt 2 Bde.); die Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen; die Monatschrift für Justizpflege in Württemberg (bis jetzt 3 Bde.).

Besonders auf die einheimischen Gesetzbücher sind gebaut:

Die Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde von Dollinger, Rudler und Fränzler; Jahrbücher für preußische Gesetzgebung (schon über 100 Hefte) und das Archiv für Civil- und Criminalrecht der preußischen Rheinprovinzen von Sand (bis jetzt 29 Bände). Doch tritt das deutsche Privatrecht in Preußen theils bei Auslegung des allgemeinen Landrechts, als auf eine deutsche Grundlage vielfach gebaut, theils bei Bearbeitung der Provinzialrechte, welche dort nicht aufgehoben sind, immer hervor. Vergl. Neues Archiv für preußisches Recht u. Verfahren, sowie für deutsches Privatrecht von Ulrich, Sommer und Brele (Jahrgang 6); Magazin des Provinzial- und statutarischen Rechts der Mark Brandenburg und des Herzogthums Pommern von Riedel (III. Bd. 1. Abthlg.).; schlesisches Archiv für praktische Rechtswissenschaft von Koch und Baumeister.

Noch haben wir einer neuen Zeitschrift zu gedenken, welche zwar nur für die russischen Ostseeprovinzen berechnet ist, gleichwohl aber, da man dort auf demselben Boden des gemeinen Rechts steht, wie bei uns, und da namentlich die liv- und esthländischen Stadtrechte aus deutschen und zunächst aus den hamburgischen und lübischen Statuten entsprungen sind (v. Bunge, Beiträge zur Kunde der liv-, esth- und curländischen Rechtsquellen, S. 37—42 ff.), manche Fragen von einem gemeinschaftlichen Standpunkt aus erörtert. In dem vorliegenden 1. Hefte (Erörterungen aus den in Liv-, Esth- und Curland geltenden Rechten, von Bunge und v. Madai. Dorpat u. Leipzig, 1839, bei Severin und Köhler.) wird die Frage: Sind Gastwirthe berechtigt, Reisende abzuweisen? (Nr. 1) im Hinblick auf römisches und einheimisches Recht von Madai verneint. Der Aufsatz: Etwas über das römische und deutsche Recht als das sogenannte Hülfsrecht in den Ostseeprovinzen von Neumann (Nr. 3), entscheidet die Frage über die Collision des römischen und deutschen Rechts, ohne nähere Untersuchung dahin, daß in jeder einzelnen Lehre der Vorrang des römischen, kanonischen und deutschen Rechts durch die Praxis zu bestimmen sei, wodurch jedoch für Zweifelsfälle kein Princip gegeben ist. Endlich folgen noch Bemerkungen über die Erbgutseigenschaft und die eheliche Gütergemeinschaft nach rigischem Stadt-

Digitized by Google

recht von Zimmerberg (Nr. 4), wobei zu erinnern iſt, daß das rigiſche Recht keineswegs in allen Städten Curlands gegolten hat und ſelbſt in denen, welchen es verliehen worden, gegenwärtig faſt gar keine Anwendung mehr findet, namentlich was die Gütergemeinſchaft unter Eheleuten betrifft (ſ. Neumann a. a. O. S. 77). Erwähnt kann hier noch werden, daß von Bunge's liv- und eſthländiſchem Privatrecht, Thl. 2, das Familien- und Erbrecht enthaltend (Dorpat, bei Kluge), erſchienen iſt.

## V. Staatsrecht.

„Es iſt eine Thatſache, daß dem Staatsrechte unter allen Disciplinen der Rechtswiſſenſchaft die wenigſte Theilnahme von denen zugewendet wird, welche die Rechte ſtudiren wollen," — meint G. Gärtner, über die wiſſenſchaftliche Behandlung des deutſchen Staatsrechts. Bonn, bei Marcus.

In der Wahrnehmung: „daß der Kreis öffentlicher Thätigkeit, zu welcher eine Rechtsbildung erfordert wird, auf das Privatrecht ſich zu beſchränken ſcheint", kann der Grund dieſes Misverhältniſſes, wo ſolches beobachtet wird, allein nicht liegen, — denn an publiciſtiſchem Sinn fehlt es unſerer Zeit eben nicht.

Noch weniger kann der „civiliſtiſche" Sinn oder die Vorliebe für die Pandekten, von welcher Herr Prof. Gärtner ſpricht, ein Abhaltungsgrund für die Studirenden ſein, das Staatsrecht mit Fleiß zu hören, denn eine ſolche Vorliebe beſteht unſerer Erfahrung nach nicht; vielmehr werden die Vorleſungen über deutſches Staats- und Privatrecht, wenigſtens an der tübinger Hochſchule, mit demſelben Eifer, wie irgend andere, beſucht. Müſſen wir nun aber allerdings dem Verfaſſer darin beitreten, daß das Staatsrecht, namentlich das deutſche, außerhalb der Vorleſungen wenig ſtudirt wird, ſo kann die Urſache hiervon nur in der Beſchaffenheit der publiciſtiſchen Litteratur liegen, welche ſich der Studirende durch Privatfleiß aneignen ſoll. Es iſt eine Thatſache, daß kein einziges genügendes Lehrbuch des heutigen deutſchen Staatsrechts exiſtirt; einige ſind mit Eifer angefangen, aber unvollendet liegen gelaſſen worden (von Schmid, Jordan); das allmälig zu einem Folianten angewachſene Buch von Klüber (öffentliches Recht des deutſchen Bundes und der Bundesſtaaten) iſt bei allen ſeinen Vorzügen, die hauptſächlich auf Rechnung der guten Geſinnung und der Gelehrſamkeit des Verf. kommen, kein Syſtem, ſondern ein Conglomerat einzelner Sätze, bald aus dem allgemeinen Staatsrecht, bald aus dem alten jus publicum, bald aus dem Particularrecht entnommen; die „Grundſätze des heutigen deutſchen Staatsrechts" von Maurenbrecher endlich, ſondern zwar dieſe verſchiedenartigen Beſtandtheile (I. Allgemeine Lehren, II. Staatsrecht des deutſchen Reichs, III. Staatsrecht des Rheinbundes, IV. Staatsrecht des heutigen

deutschen Bundes, V. Allgemeines deutsches Territorialstaatsrecht, VI. Heutiges deutsches Privatfürstenrecht), ohne sie aber, was die Aufgabe des Systematikers ist, in ihrer Einheit zu zeigen. Denn unmöglich kann man doch dem Studirenden zumuthen, das, was von dem alten Staatsrecht und von dem Rechte des Rheinbundes etwa noch praktisch ist (und nur insoweit gehört es in das System) selbst mit dem heutigen Rechte zusammenzusetzen und zu Recht zu legen. Ein neues „System des deutschen Staatsrechts" hat Gärtner in der oben angeführten Schrift nach seinen Umrissen gezeichnet; indessen, ist es schon an sich eine schwierige Sache, aus einem solchen Grundrisse, gleichsam einem Gerippe von Gedanken, sich ein Urtheil zu bilden, so hat der Verfasser durch die vorausgeschickten Worte: „die staatsrechtliche Systematik" dieß Geschäft nicht erleichtert; denn Referent gesteht es offen, Sätzen wie dieser: „die Lehre ist — eben weil sie das wissenschaftliche Verhältniß (?) ist, in welchem der Gegenstand des Wissens aus der wissenschaftlichen Abstraction wieder in das Leben zurückgeführt wird — das Offenbarungsverhältniß des Lebensgesetzes der Wissenschaft," welchem er gleich im Eingange begegnete, eine Abhaltung gefunden zu haben, tiefer hineinzulesen, und zwar zu seinem um so größern Bedauern, als es ihm schien, daß er in der Sache selbst mit dem rüstigen Verf. sich leicht würde verständigen können.

Die gleiche Bemerkung müssen wir in Beziehung auf die „Rechts- und Staatslehre" desselben Verf. machen, welche auch unter dem Titel: die Philosophie des Lebens (Thl. I., Bonn, bei Marcus), erschienen ist. Gewöhnt, uns überall des einfachsten Ausdrucks zu bedienen, glauben wir auch bei Anderen, die gleiche Rücksicht wünschen und bei aller Achtung für die Philosophie, selbst in der hier vertretenen Schule, welche mit Unrecht einer staatsgefährlichen Richtung beschuldigt wird (Schubarth, über die Unvereinbarkeit der Hegel'schen Staatslehre mit dem obersten Lebens- und Entwicklungsprincip des preuß. Staats. Breslau, bei Aderholz), ihr nicht das Privilegium einräumen zu dürfen, unverständlich zu sein.

Daß eine höhere Auffassung des Staats auch außerhalb einer bestimmten Schulform möglich, und daß gerade die ungesuchtere Form eher geeignet sei, die Wissenschaft im Leben zu vertreten, dessen Gesetze sie zu offenbaren hat, beweisen zwei Werke welche jetzt eben in neuen Auflagen erschienen sind: die Vierzig Bücher Zachariä's über den Staat (Bd. 1, auch unter dem Titel: Vorschule der Staatswissenschaft) und das Staatsrecht der constitutionellen Monarchie, angefangen von Aretin, fortgesetzt von Rotteck (3 Bände).

Das positive deutsche Staatsrecht hat im letzten Jahre keine Gesammtbearbeitung gefunden. Dagegen haben die Vorgänge in dem Königreiche Hannover die Aufmerksamkeit auf

Digitized by Google

eine Reihe von Fragen gerichtet, welche nicht bloß für das particulare, sondern auch für das gemeine Staats- und Bundesrecht von Bedeutung sind.

Schon im vorigen Jahre wurde dadurch hervorgerufen die Vertheidigung des Staatsgrundgesetzes für das Königreich Hannover (von Stüve), herausgegeben von Dahlmann, eine Schrift, deren Abfassung zwar schon in die Zeit zwischen dem ersten und zweiten Patent des Königs Ernst August (5. Juli bis 1. Nov. 1837) fällt, wo also die Vernichtung des bestehenden Grundgesetzes noch nicht definitiv ausgesprochen war, welche aber gleichwohl bereits die ganze Verfassungsfrage mit einer Unbefangenheit und Umsicht in's Auge faßt, die den rechts- und sachkundigen Verfasser nicht verkennen läßt. Die Schrift blieb erfolglos in denjenigen Kreisen, wo es zunächst einer Vertheidigung bedurfte, und auch bei der Mehrzahl derjenigen, welche durch die Umkehrung des bestehenden Rechtszustands beunruhigt worden waren, vermochte ihr Inhalt, als die Meinung eines Einzelnen nicht allenthalben die Entschiedenheit der Ueberzeugung wiederherzustellen, welche durch die Autorität von oben ausgehender Ansichten und Handlungen schwankend geworden war. Nun ward von dem Magistrat der Stadt Osnabrück, welcher vermöge seiner Stellung sich über die Giltigkeit des Grundgesetzes von Amtswegen zu vergewissern hatte, an mehrere Juristenfacultäten das Ersuchen um ein rechtliches Gutachten über verschiedene dahin einschlagende Fragen, namentlich darüber gerichtet: ob eine Obrigkeit im Königreiche Hannover berechtigt und verpflichtet sei, Steuern, welche nicht auf verfassungsmäßigem Wege bewilligt und ausgeschrieben worden, beizutreiben? Einer der angegangenen Facultäten (Berlin) ward die Anfertigung des erbotenen Gutachtens untersagt; die Aeußerungen der drei andern dagegen ließen nicht lange auf sich warten und wurden auf demselben Wege, wie obige Rechtsvertheidigung, bekannt gemacht:

Gutachten der Juristen-Facultäten in Heidelberg, Jena und Tübingen, die Hannoversche Verfassungsfrage betreffend, herausgegeben von Dahlmann, Jena, bei Frommann.

Sämmtliche Facultäten stimmen hiernach darin überein, daß das hannoversche Grundgesetz vom 26. Septbr. 1833 an sich vollkommen giltig und durch das k. Patent vom 1. Novbr. 1837 auf eine rechtsbeständige Art nicht aufgehoben sei. Dagegen unterscheiden sie sich in anderer Hinsicht, namentlich in Beantwortung der obigen speciellen Frage, welche von den Facultäten zu Heidelberg und Jena bejaht, von der zu Tübingen verneint wurde.

Die allgemeineren Gesichtspunkte, welche das tübinger Gutachten in's Auge faßte, namentlich die Frage über das Alter der ständischen Rechte, das Eigenthum an den Domänen, die Verbindlichkeit des Regierungsfolgers aus den Handlungen des Vorfahren, den staatsbürgerlichen Gehorsam und den Dienstgehorsam, wurden

Digitized by Google

in dem II. Bande dieser Zeitschrift für das wissenschaftliche Bedürfniß besonders ausgehoben.

Auch die Partie der Patente ist in einer kleinen Schrift genommen worden, welche jedoch nicht auf die Gutachten eingeht, und den politischen (?) Standpunkt stets mit dem rechtlichen verwechselt: Die hannoversche Regierung und das Staatsgrundgesetz von 1833 von Gustav Zimmermann, Hannover, bei Helwing.

Indessen ist öffentlichen Blättern zufolge der Verkauf der gedachten Facultäts-Gutachten, welche in kurzer Zeit in der zweiten Auflage verbreitet, und bei ihrer Einstimmigkeit in der Hauptsache von großem Einflusse auf die öffentliche Meinung geworden sind, in mehreren Staaten verboten worden. (Was würde Schlözer dazu sagen!)

Von großem Werthe für eine spätere historische Kritik ist:

Hannover'sches Portfolio, eine Sammlung von Actenstücken zur Geschichte des hannov. Verfassungskampfes. 2 Bde., Stuttgart, bei Krabbe.

Dem zweiten Bande, welcher, wie der erste, mehrere, bei dem Bunde eingereichte Beschwerden enthält, geht ein ausführliches Vorwort voran, worin von einer sehr geübten Feder zu beweisen gesucht wird, daß der neuere Bundesbeschluß, wodurch die beschwerdeführenden hannoverschen Corporationen wegen Incompetenz abgewiesen sind und dem königl. Cabinete überlassen wird, den obschwebenden Verfassungsstreit mit den dermaligen Ständen beizulegen, aussspreche, daß bundesrechtlich dem Fortbestehen des Staatsgrundgesetzes nichts im Wege sei. Allerdings scheint aus jenem Beschluß in der königl. Proclamation vom 10. Sept. 1839 zu viel gefolgert zu sein, wenn angenommen wird, daß dadurch der jetzige factische Zustand in Hannover gebilligt sei; allein ebensowenig scheint eine dem Staatsgrundgesetze günstige Intention darin gefunden werden zu können, da materiell durchaus nicht entschieden werden wollte. Indessen wird man wohl annehmen können, daß, wenn etwas Bundeswidriges in dem Grundgesetze v. 1833 wahrzunehmen gewesen wäre, es für die hohe Bundesversammlung nicht erst einer Veranlassung im Jahr 1839 bedurft hätte, um darauf aufmerksam zu werden und dessen Abstellung bei der königl. Regierung in Hannover zu veranlassen.

Nicht ohne Hinblick auf die hannoversche Verfassungssache scheint ferner geschrieben die publicistische Abhandlung Maurenbrecher's: die deutschen regierenden Fürsten und die Souverainetät (Frankfurt, bei Varrentrapp).

Indessen zeigt sich auch aus dieser lehrreichen Schrift, wie selbst die strengsten Anhänger der Fürstengewalt nicht umhin können, in gewissen Fällen wenigstens ein Recht des passiven Widerstandes (S. 161) anzunehmen, indem der Verf. die Unterthanen ausdrücklich für befugt erklärt, verfassungs- und rechtswidrigen

Regierungsbefehlen der Fürſten den Gehorſam zu verweigern. Unter welchen Beſchränkungen dieſes äußerſte Recht, ohne das die Unterthanen dem Regenten gegenüber als rechtlos erſcheinen würden, zu verſtehen ſei, iſt in dem jenaer und tübinger Gutachten ſowohl, als auch in der Zeitſchrift a. a. O. ausgeführt. Den Grundgedanken der Maurenbrecher'ſchen Schrift, daß eine der Fürſtenſouverainetät feindliche, gleichwohl aber von der Volksſouverainetät verſchiedene Staatsſouverainetät ſeit einigen Jahren die herrſchende Lehre in Deutſchland geworden ſei, welche bekämpft werden müſſe, können wir inſofern nicht für richtig erkennen, als die Idee von der juriſtiſchen Perſönlichkeit des Staats eine nothwendige und ſelbſt im patrimonialen Principe nie ganz untergegangene iſt, und als, der Natur der Sache nach, der Grund des Staats, und daher auch die urſprüngliche Quelle der öffentlichen Gewalt in demſelben, nicht außer ihm geſucht werden kann. Wenn übrigens von einigen Schriftſtellern der Staat in corpore als Subject der Staatshoheit angegeben und dem Regenten nur die Ausübung derſelben zugeſchrieben wird, ſo können wir dieſer Anſicht nach dem poſitiven deutſchen Territorialſtaatsrechte allerdings nicht beipflichten; doch tritt auch hierin nicht eine neue Idee der ſogenannten Staatsſouverainetät hervor, ſondern nur eine der möglichen Auffaſſungsweiſen der Volksſouverainetät. Der verſchiedene Sinn, welchen der Verf. mit dem Worte „Staat" verbindet, indem er bald darunter blos den Landesherrn, bald die Geſammtheit der Staatsangehörigen, bald endlich das Volk im Gegenſatz zum Regenten begreift, iſt bereits in einer kleinen Schrift:

Wahrheit und Irrthum in der Maurenbrecher'ſchen Schrift: die deutſchen regierenden Fürſten ꝛc. (von Nebelthau), (Kaſſel, bei Appel) S. 22 f.

gerügt worden. Indeſſen möchte ebenſowenig der letztern beizutreten ſein, wenn eine, dem Regenten gegenüber geſtellte juriſtiſche Perſönlichkeit des Volks (S. 23), ſelbſt in Staaten mit Repräſentativ-Verfaſſung geläugnet wird, welche Verfaſſung ſich rechtlich nur begreifen läßt, wenn Volk und Regierung theils im Gegenſatze, theils aber auch wieder in einer Einheit, die ja eine Wahrheit vorausſetzt, mit andern Worten, wenn mit Maurenbrecher S. 174 angenommen wird: daß Volk und Fürſt um des Staats und der Staat um Beider willen da ſei.

Eine gute Bearbeitung des Particularſtaatsrechts enthält: Fr. Milhauſer, das Staatsrecht des Königreichs Sachſen, mit Einſchluß des Privatfürſtenrechts und der völkerrechtlichen Verhältniſſe ſyſtematiſch dargeſtellt, 1. Band, Leipzig, bei Tauchnitz, jun.

Ueber die Aufgabe, welche die Wiſſenſchaft des poſitiven Staatsrechts zu löſen hat, ſpricht ſich der Verf. in der Vorrede ſehr richtig



Digitized by Google

aus, und die sachgemäße Behandlung der in dem vorliegenden Bande enthaltenen Lehren beweist, daß er derselben gewachsen sei.

Hierbei erlauben wir uns noch aufmerksam zu machen auf L. Snell, Handbuch des schweizerischen Staatsrechts, Zürich, bei Orell und Füßli.

Das Kirchenrecht haben wir nur in so weit in die Richtung dieser Zeitschrift aufgenommen, als es mit Instituten des Privat- oder Staatsrechts zusammenhängt. In diesen beiderlei Beziehungen verdient hier Beachtung der kirchliche Streit, welcher sich von der Diöcese Cöln aus dem Erzbisthum in Posen und sofort mehr oder weniger anderen, bis dahin ruhigen Theilen Deutschlands mitgetheilt hat. Die Hauptpunkte des Streits sind: 1) die Stellung der katholischen Geistlichen hinsichtlich der gemischten Ehen; 2) das Verfahren der königlichen preußischen Regierung, gegenüber den beiden Erzbischöfen zu Cöln und Posen. Beide Fragen sind zunächst kirchenstaatsrechtlich; die erstere berührt zugleich ein privatrechtliches Institut, die Ehe. Nebenbei haben sich auch noch andere Controversen, namentlich über die Stellung des Papstthums, gegenüber dem Königthum; über die Freiheiten der katholischen Kirche gegenüber Rom; über die Gegensätze des Katholicismus und Protestantismus u. s. w. eingemischt. Die Parteien sind auf der einen Seite zwei betagte Prälaten, in Verbindung mit dem zu Rom residirenden Oberhaupte der katholischen Kirche und einer Anzahl von Klerikern und Laien, welche die bestehenden bürgerlichen Gesetze, beziehungsweise die Autonomie der Privaten hinsichtlich der Erziehungsreligion der in gemischter Ehe erzeugten Kinder nicht anerkennen wollen, auf der andern Seite die königliche Regierung in Preußen, beziehungsweise alle anderen weltlichen Regierungen, welche jene Gesetze wider die neuere kirchliche Disciplin aufrecht zu erhalten gesonnen und verpflichtet sind.

Die Litteratur, welche über diesen Streit binnen kurzer Zeit angewachsen, ist so groß, daß wir wegen Mangel an Raum dieselbe auch nicht einmal übersichtlich zu geben vermögen. Wir verweisen daher auf die sehr vollständigen Collectiv-Anzeigen (von Richter) in dem Repertorium der gesammten deutschen Litteratur von Gersdorf, welche nicht weniger als 140 größere und kleinere, theils kirchenrechtliche, theils kirchenpolitische und theologische Schriften begreifen, nämlich Bd. XV, Nr. 389—409, Bd. XVI, Nr. 577—596, Bd. XVII, Nr. 1154—93 u. Nr. 1463—88, Bd. XXI, Nr. 1079—1110. Auszuzeichnen sind hierunter folgende zwei Abhandlungen:

Die cölnische Sache betrachtet vom Standpunkt des allgemeinen Rechts, 2. Auflage von C. v. Rotteck (Speier, Landau und Grünstadt, bei Neidhardt).

Der gegenwärtige Grenzstreit zwischen Staats- und

Digitized by Google

Kirchengewalt von einem norddeutschen Publicisten. Halle, bei Schwetschke und Sohn.

Beide Schriften rühren von angesehenen Männern her, jene von einem als geistreichen Historiker und freisinnigen Denker bekannten Publicisten, diese, wie wir hören, von einem hochgeschätzten Kirchen- und Staatsrechtslehrer zu Berlin (Heffter). Auch darin können wir keine wesentliche Verschiedenheit erblicken, daß der Eine als Katholik, der Andere als Protestant, der Eine als Publicist des Südens, der Andere als „norddeutscher Publicist" urtheilt; denn es hat sich in dieser Sache hinreichend herausgestellt, daß Katholiken (Dank sei es dem Siege der Reformation!) ebenso unabhängig in Kirchensachen urtheilen können, wie Protestanten; und zwischen Norden und Süden sollte, wenn von Geistesrichtungen die Rede ist, überhaupt nicht so unterschieden werden, wie neuerdings geschehen ist. Dagegen bilden die Rotteck'sche und Heffter'sche Schrift allerdings in anderer Hinsicht Gegensätze. Während die erstere für die durch den „Staatsabsolutismus" angeblich bedrohte Freiheit der katholischen Kirche und der Kirchen überhaupt in die Schranken tritt, wird in der letzteren der Staatsgewalt in dem ihr neuerdings erklärten Kriege das Wort gesprochen. Während Rotteck nur in kurzen Umrissen eine seinen bekannten politischen und kirchlichen Ansichten zusagende Stellung zu gewinnen sucht (wie unsicher und gezwungen ist nur die S. 22 f. versuchte Auslegung des von dem cölner Erzbischofe gegebenen Versprechens?), werden in der Heffter'schen viel umfassenderen Abhandlung die Thatsachen des Kampfes und die rechtlichen Gesichtspunkte mit der dem Verf. eigenen juristischen Sicherheit und objectiven Haltung geprüft. Was die Sache selbst betrifft, so sind die Verfasser beider Schriften darin einig, daß die Stellung der katholischen und protestantischen Confession zu einander und zum Staate nicht nach hierarchischen, sondern nach paritätischen Grundsätzen zu beurtheilen sei. Auch wird schließlich die Unparteilichkeit auf beiden Seiten dadurch gewahrt, daß, während Rotteck seine auf Reinigung und Veredlung des Katholicismus gerichteten Wünsche unverholen ausspricht (Nr. IV), andererseits der „norddeutsche Publicist" mit ermahnenden Worten an die evangelische Kirche schließt. Daß der Grund des Streites auch nur theilweise da zu suchen sei, wo Heffter a. E. glaubt: in einer minder sittlich strengen Ansicht (?) von der Ehe, namentlich in der Leichtigkeit der Ehescheidungen auf Seite der Protestanten, und daß deshalb durch strengere gesetzliche Maßregeln in dieser Beziehung eine Annäherung zwischen beiden Parteien könne bewirkt werden, müssen wir durchaus bezweifeln, da ja die Bedenken auf katholischer Seite nicht über die Zulässigkeit oder Räthlichkeit der gemischten Ehe als solcher, sondern über die Erziehungsreligion der Kinder erhoben worden, und auch der strengste katholische Geistliche



Digitized by Google

keinen Anstand nimmt, die durch die Confession getrennten Gatten einzusegnen, wenn nur die Nachkommen der „allgemeinen" Kirche zugeführt werden. Dagegen sind wir mit Rotteck vollkommen darin einverstanden, daß weder durch eine künstliche Aufrechthaltung des status quo, noch durch ein Detail von Staatsgesetzen die vorhandenen Uebel gründlich zu heilen sind, sondern einzig und allein durch eine, vom Innern der Gemeinden ausgehende Verbesserung. Wie die von ihm gewünschte Wiederherstellung der ältesten Kirchenverfassung mittelst einzuberufender Provinzial- und Nationalsynoden, wozu auch Laien beigezogen würden, bewerkstelligt werden solle, dazu scheint freilich, abgesehen davon, daß dieß ohne Trennung von Rom gar nicht ausführbar wäre, der eben jetzt vorliegende Streit keine günstige Aussicht zu eröffnen, wobei die Abhängigkeit der katholischen Kirche von päpstlichen Decretalen mehr als je sich ausgesprochen hat. Indessen ist es in hohem Grade beachtenswerth, wie nicht blos in der protestantischen, sondern auch in der katholischen Kirche immer wieder der Wunsch nach einer Vertretung der Gemeinde gegenüber der Kirchengewalt laut wird, und wie nun gerade von den oben genannten beiden Verfassern jeder für die Kirche seiner Confession eine urchristliche Synodalverfassung in Anspruch nimmt, wodurch kirchliches Leben und kirchliche Gemeinschaft befördert und wodurch es möglich würde, wahre Fortschritte in der christlichen Erkenntniß der Kirche selbst anzueignen.

Den münchner „historisch-politischen Blättern für das katholische Deutschland" von Phillips und Görres (bis jetzt 4 Bände), welche den cölner Streit für römische Zwecke auszubeuten trachten, haben sich „deutsche Blätter für Protestanten und Katholiken" (Heidelberg, bei Winter, bis jetzt 3 Hefte) entgegengestellt, welche die Lehre von dem Verhältnisse der Kirche zum Staate, „durch deren Entstellung und Verfälschung die neuen Jesuiten und ihre dienstbaren Geister den Sinn des katholischen Volks zu täuschen und die bestehende Ordnung zu verwirren trachten," zu beleuchten und die wahren Ursachen und Folgen der Reformation gegen die Verfälschungen und Verkleinerungen von der andern Seite zu behaupten suchen.

Eine andere Art von Streit hat sich innerhalb der protestantischen Kirche erhoben, betreffend die Hinweisung des geistlichen Lehramts auf die symbolischen Schriften. Veranlassung dazu war ein Rescript des herzogl.-altenburger Consistoriums vom 13. Nov. 1838, worin Geistliche und Lehrer ermahnt werden, die dem Christenthum eigenthümlichen positiven Lehren vom Vater, Sohn und Geist, von Jesu göttlicher Natur und Wirksamkeit u. s. w. mit Nachdruck innerhalb ihrer Gemeinden zu lehren. Der öffentliche Tadel, den diese Aufforderung in Verbindung mit der gleichzeitig gegen einzelne Lehrer ausgesprochenen Rüge auf mehreren Seiten fand, gab dem altenburgischen Consistorium Veranlassung, Bedenken der

Digitized by Google

theologischen Facultäten zu Jena, und der Universitäten Berlin, Göttingen und Heidelberg einzuholen, welche nebst einleitender geschichtlicher Darstellung und Actenstücken gedruckt worden sind (Altenburg, 1839). Die gestellte Hauptfrage: Trifft das Consistorialrescript mit Recht der Tadel, daß es dem Gewissen der Landesgeistlichen zu nahe trete? wird einstimmig verneint. Zu demselben Resultate gelangt folgende Schrift eines unserer ersten Kanonisten, welche ganz den juristischen Standpunkt festhält:

Das Kirchenregiment und die Symbole, rechtliches Gutachten über das von dem herzoglichen Consistorio zu Altenburg an die Ephorie Ronneburg erlassene Rescript vom 13. Novbr. 1838, von A. L. Richter. Leipzig, bei Tauchnitz, jun.

Auch hier wird die Tendenz des Consistoriums als eine dem Pflichtenkreise und der Stellung dieses Collegiums angemessene erachtet, aber die Fortentwicklung der Lehre aus der Schrift in dem Bewußtsein der Gemeinde anerkannt und gefordert. Durch welche Organe sich dieses Bewußtsein aussprechen soll, ist freilich bei der evangelischen Kirche eine so verwickelte Frage, wie bei der katholischen, und wie hier die angesprochene Einheit, so scheint dort die äußere Getheiltheit der Kirche der Verwirklichung der Synoden im Wege zu stehen. Für die Einführung einer freien Synodalverfassung unter Wiederherstellung des geistlichen bischöflichen Amts hat sich in neuester Zeit auch ausgesprochen

Hase, die deutsche Kirche und der Staat. Leipzig, 1839.

Wir schließen unsern Bericht und damit den ersten Jahrgang dieser Zeitschrift mit dem ernsten Wunsche, daß der Zwispalt in Kirche und Staat, in der Wissenschaft und im Leben nicht endigen möge mit der Zerstörung von Treue und Glauben, mit dem Untergange des Volkssinnes und mit dem Verzicht auf die Aufklärung des vorigen Jahrhunderts, sondern daß deutsches Recht und deutsche Wissenschaft, deutsche Ehre und Treue blühen und gedeihen im gemeinsamen Vaterlande.

Digitized by Google

Druck von Breitkopf und Härtel in Leipzig.

Digitized by Google

## Verzeichniß der Herren Mitarbeiter:

Herr Hofrath, Professor Albrecht, jetzt in Leipzig.
= Professor Beseler in Rostock.
= Staatsrath, Professor Bluntschli in Zürich.
= Advocat Bopp in Darmstadt.
= Dr. Brackenhoeft in Heidelberg.
= Hofrath, Professor von Bunge in Dorpat.
= Professor Deiters in Bonn.
= = Dieck in Halle.
= Universitätssyndicus Dr. Duncker in Marburg.
= Etatsrath, Professor Falck in Kiel.
= Professor Feuerbach in Erlangen.
= Obergerichtspräsident Finsler in Zürich.
= Professor Gaupp in Breslau.
= = Göschen in Berlin.
= Hofrath, Professor J. Grimm, jetzt in Cassel.
= Geheimer Revisionsrath, Professor Hefftter in Berlin.
= Ministerialrath Hufnagel in Stuttgart.
= Professor Jordan in Marburg.
= Appellationsgerichtsrath Kori in Dresden.
= Professor Kraut in Göttingen.
= = von Lancizolle in Berlin.
= = Laspeyres in Halle.
= = Freiherr von Löw in Zürich.
= = Maurenbrecher in Bonn.
= Reichs- und Staatsrath von Maurer in München.
= Professor Mayer in Tübingen.
= = Michaelis in Tübingen.
= = Michelsen in Kiel.
= Geheimerrath, Professor Mittermaier in Heidelberg.
= Professor von Mohl in Tübingen.
= Oberappellationsgerichtsrath Ortloff in Jena.
= Professor Paulsen in Kiel.
= Geheimer Justizrath, Professor Pernice in Halle.
= Professor Perthes in Bonn.
= = Phillips in München.
= Landrichter Puchta in Erlangen.
= Professor Rheinwald in Bern.
= = Richter in Marburg.
= Freiherr von Richthofen in Göttingen.
= Professor Rödstell in Berlin.
= Oberappellationsgerichtspräsident Runde in Oldenburg.
= Obertribunalrath Scheurlen in Stuttgart.
= Professor R. Schmid in Bern.
= = Schweickart in Königsberg.
= Appellationsgerichtsrath Stieglitz in Dresden.
= Professor Thöl in Göttingen.
= = Tönsen in Kiel.
= Appellationsgerichtsrath Treitschke in Dresden.
= Kanzler von Wächter in Tübingen.
= Hofrath, Professor Warnkönig in Freiburg.
= Professor Weiske in Leipzig.
= Oberlandesgerichtsrath Wigand in Wetzlar.
= Professor Witte in Halle.
= = von Woringen in Berlin.
= Oberjustizrath Zirkler in Tübingen.
= Professor Zöpfl in Heidelberg.

---

Digitized by Google

# Inhalt

des

ersten Jahrgangs der

## „Zeitschrift für deutsches Recht

und

## deutsche Rechtswissenschaft."

---

I. Bd. 1. Heft: Ueber den Zweck dieser Zeitschrift. Von Reyscher. — Ueber das Dasein und die Natur des deutschen Rechts. Von Reyscher. — Ueber das Alter des Sachsenspiegels. Von J. Weiske. — Kritische Untersuchungen über die Gewere des deutschen Rechts. Von C. Th. Gaupp. — Wer haftet für die Abfindungen der Geschwister, die der den Hof übergebende Bauer zu berichtigen übernahm? Wann können sie eingeklagt werden? Von J. Scholz III. — Ueber das in der Berner Stadtbibliothek befindliche Manuscript des französischen Schwabenspiegels. Von Freiherrn v. Löw.

I. Bd. 2. Heft: Das Pfändungsrecht. Von Wilda. — Ueber die germanische Bürgschaft mit Berücksichtigung des jütischen Low. Von G. L. Müller.

II. Bd. 1. Heft: Hannöversche Verfassungsfragen beantwortet von Reyscher. I. Sind die ständischen Rechte neu oder alt? II. Sind die Domainen Staats- oder Privat-Eigenthum? III. Inwiefern ist der Nachfolger in der Regierung aus den Handlungen seiner Vorfahren verbunden? IV. Wie weit geht die Pflicht des Gehorsams, beziehungsweise des Rechts des Widerstandes gegen die Staatsgewalt? V. Kann eine Administrativbehörde wegen verfassungs- oder gesetzwidriger Handlungen gerichtlich in Anspruch genommen werden? — Ueber das dominium directum und utile. Von Dr. Ludwig Duncker.

II. Bd. 2. Heft: Die Versorgung der Wittwen und Kinder bei standeswidrigen Ehen des deutschen hohen Adels. Vom Geheimen Oberrevisionsrath Dr. Heffter. — Ueber den Quasibesitz der auf Grund und Boden radicirten eigenthümlich deutschen Rechte, und den possessorischen Schutz derselben. Von Dr. Ludwig Duncker. — Zur Lehre von letztwilligen Verfügungen bei ehelicher Gütergemeinschaft. (Auf Grundlage eines praktischen Rechtsfalles.) Von Dr. P. Fr. Deiters. — Die Lehre von dem Spiel, aus dem deutschen Rechte neu begründet. Von Wilda. — Uebersicht über die deutsch-rechtliche Litteratur vom Jahre 1839. Von Reyscher.

---

Digitized by Google

Bei **Julius Helbig** in Altenburg ist so eben fertig geworden:

# Hitzig's Annalen

der deutschen und ausländischen

# Criminalrechtspflege.

Fortgesetzt

von

**W. L. Demme** und **Klunge.**

Jahrgang 1840. 1. Heft, Januar.

(X. Band, 1. Heft.)

gr. 8. brosch. Preis für 12 Hefte 8 Thaler.

Die seit dem Jahre 1828 von dem als Staatsmann, Rechtgelehrten u. s. w. gleich ausgezeichneten königl. preuß. Criminal-Director Dr. Hitzig in Berlin gegründeten und seit dem Jahre 1836 in Altenburg fortgesetzten Annalen der Criminalrechtspflege haben, so weit als deutsche Wissenschaft reicht, einen zu großen Ruf, als daß Etwas hinzuzufügen wäre; nur so viel sei mir erlaubt zu bemerken, daß die jetzigen Herren Herausgeber die eingeschlagene Bahn verfolgen werden, indem sie, durch Mithilfe der früheren ausgezeichnetsten Mitarbeiter fortwährend unterstützt, den alten bewährten Ruf dieser gefeierten Zeitschrift zu erhalten streben.

**Die ersten 9 Bände** sind noch für den Preis von 18 Thlr. preuß. Courant zu haben.

Digitized by Google

Bei **Otto Wigand**, Buchhändler in Leipzig, sind so eben erschienen:

# Die Trennung

der

# Justiz und Administration.

Ein

## Beitrag zur Staatsphilosophie

und zum

## positiven deutschen Staatsrechte.

gr. 8. 1840. Broschirt 2 Thlr.

### Inhalt:

### I.

### Die Trennung der Justiz und Administration aus dem philosophischen Standpunkte.

Prolegomena. §. 1.

1) Das Princip der Trennung der J. und A. ist seinem Ursprunge nach ein ideales. §. 2.
2) Allgemeine praktische Bedeutung des Princips der Trennung der J. und A. §. 3.
3) Enger und weiter Begriff von Administration. §. 4.
4) Begriffsmäßiger Unterschied zwischen J. und A. §. 5.
5) Ideal der Justiz. §. 6.
6) Entwickelung des Begriffs Justizsache aus dem Begriffe eines Rechtes. §. 7.
7) So oft der Staat, als solcher (als politisches Wesen), Einzelnen oder einzelnen Classen gegenübersteht, kann von „Rechten" derselben nicht die Rede sein. §. 8.
8) Die sogen. natürlichen Rechte bestehen im Positiven nicht als Rechte. §. 9.
9) Der Grundsatz der Trennung der J. und A. nöthigt an sich schon zu der Annahme, daß das positive Recht Deutschlands die auf die Verfassung und Regierung des Staates sich beziehenden Ansprüche der Unterthanen nicht als „Rechte" anerkennt. §. 10.
10) Die Anwendung des Grundsatzes der bürgerlichen Freiheit und Gleichheit in den Verhältnissen der Einzelnen zum Staate, als solchem, kommt der Administration zu. §. 11.
11) Der Begriff Justiz ist nicht auf das Urtheilsfällen zu beschränken. §. 12.
12) Die höchsten Principien für die Wirksamkeit der Staatsgewalt. §. 13.
13) Der Grundsatz der Trennung der J. und A. führt an sich schon zu dem Resultate: daß die Administration nach andern Principien die auf das öffentliche Recht bezüglichen Irrungen zu erledigen hat, als nach welchen die Justiz wirksam zu sein hat. §. 14.
14) Die Hauptkriterien zwischen Justiz und Administration. §. 15.
15) Vom Richtereide. §. 16.
16) Wann ist eine streitige Verwaltungssache (sogen. Administrativjustizsache) vorhanden? §. 17.
17) Competenzconflicte. §. 18.

Digitized by Google

## II.

# Die Trennung der Justiz und Administration aus dem Gesichtspunkte des deutschen Territorial-Staatsrechts.

Prolegomena. §. 19.

### A. Ueber das Princip der Trennung von J. und A. überhaupt.

1) Praktische Bedeutung dieses Princips. §. 20.
2) Historische Grenze zwischen J. und A. §. 21.
3) Können der Begriff oder das Wesen und die Grenzen der vollziehenden Gewalt, insbesondere der richterlichen, als Grundlagen für Beantwortung der Frage: was ist J.- und was ist A.-Sache, dienen? §. 22.

### B. Ueber die Durchführung des Princips der Trennung der J. und A. im positiven Rechte.

Was ist J.- und was ist A.-Sache nach allgemeinem Territorial-Staatsrechte?
1) Im Allgemeinen.
   a) Begriffsbestimmung von J.- und A.-Sache. §. 23.
   b) Die deutschen Staatsgesetze als Quellen für die Begriffsbestimmung von J.- und A.-Sache. §. 24.
2) Im Einzelnen. §. 25.

### C. Verhältniß der Justizgewalt zu den übrigen Staatsgewalten.

1) Zur gesetzgebenden Gewalt.
   a) Im Allgemeinen. §. 26.
   b) Zur Repräsentativgewalt insbesondere. §. 27.
2) Zur oberaufsehenden Gewalt. Gemeindeverhältnisse, Stiftungen. §. 28.
3) Zu dem übrigen Inhalte der vollziehenden Gewalt.
   a) Im Allgemeinen. §. 29.
   b) Provisorien der Administration. §. 30.
   c) Verhältniß der Justizgewalt zur Strafgewalt. §. 31.
   d) Zur Amtsbesetzungsgewalt. Staatsdienerverhältniß. §. 32.
   e) Zur Polizeigewalt. §. 33.
   f) Zur Finanzgewalt. Regalien, Staatseigenthum, Verwaltung des Staatsvermögens. §. 34.
   g) Zur Militärgewalt. §. 35.
4) Zur Kirchenhoheit und Kirchengewalt. §. 36.

### D. Von den positiven Aushülfen bei der Trennung der J. von der A.

1) Competenzconflicte. §. 37.
2) Administrativjustiz. §. 38.

### E. Schlußbemerkung über das Verhältniß der Theorie des Verfassers zu den Particulargesetzgebungen. §. 39.

---

Bayerische Staatsbibliothek München

Digitized by Google

# Poetiſcher Hausſchatz
## des deutſchen Volkes.

Vollſtändigſte Sammlung deutſcher Gedichte

nach den Gattungen geordnet,

begleitet von einer Einleitung,

**die Geſetze der Dichtkunſt im Allgemeinen,**

ſo wie der einzelnen Abtheilungen insbeſondere enthaltend,

nebſt einer kurzen Ueberſicht

**ihrer Bildungsgeſchichte ſeit den früheſten Zeiten ihres Erſcheinens in Deutſchland bis auf unſere Tage**

und biographiſchen Angaben über die Dichter, aus deren Werken Poeſieen gewählt wurden.

---

**Ein Buch für Schule und Haus.**

---

Von

**Dr. C. L. B. Wolff,**

ordentl. öffentlichen Honorarprofeſſor der neueren Literatur an der Univerſität zu Jena, wirklichem, correſpondirendem und Ehrenmitgliede mehrer gelehrten Geſellſchaften u. ſ. w. u. ſ. w.

Zweite Auflage.

Gr. 8. Auf feinem Velinpapier; in Doppelcolonnen; über 2000 Colonnen ſtark und in Umſchlag. Broſch. Pränumerationspreis 2 Thlr. Ladenpreis 2 Thlr. 16 Gr.

---

Digitized by Google